217ع

هـ . م

الهداية شرح البداية كلاهما للمرغيناني ، علي بن أبي بكر - ٥٩٣هـ . كتبها محمود بن موسى صالح الاستانبولي سنة ١١٣٥هـ .

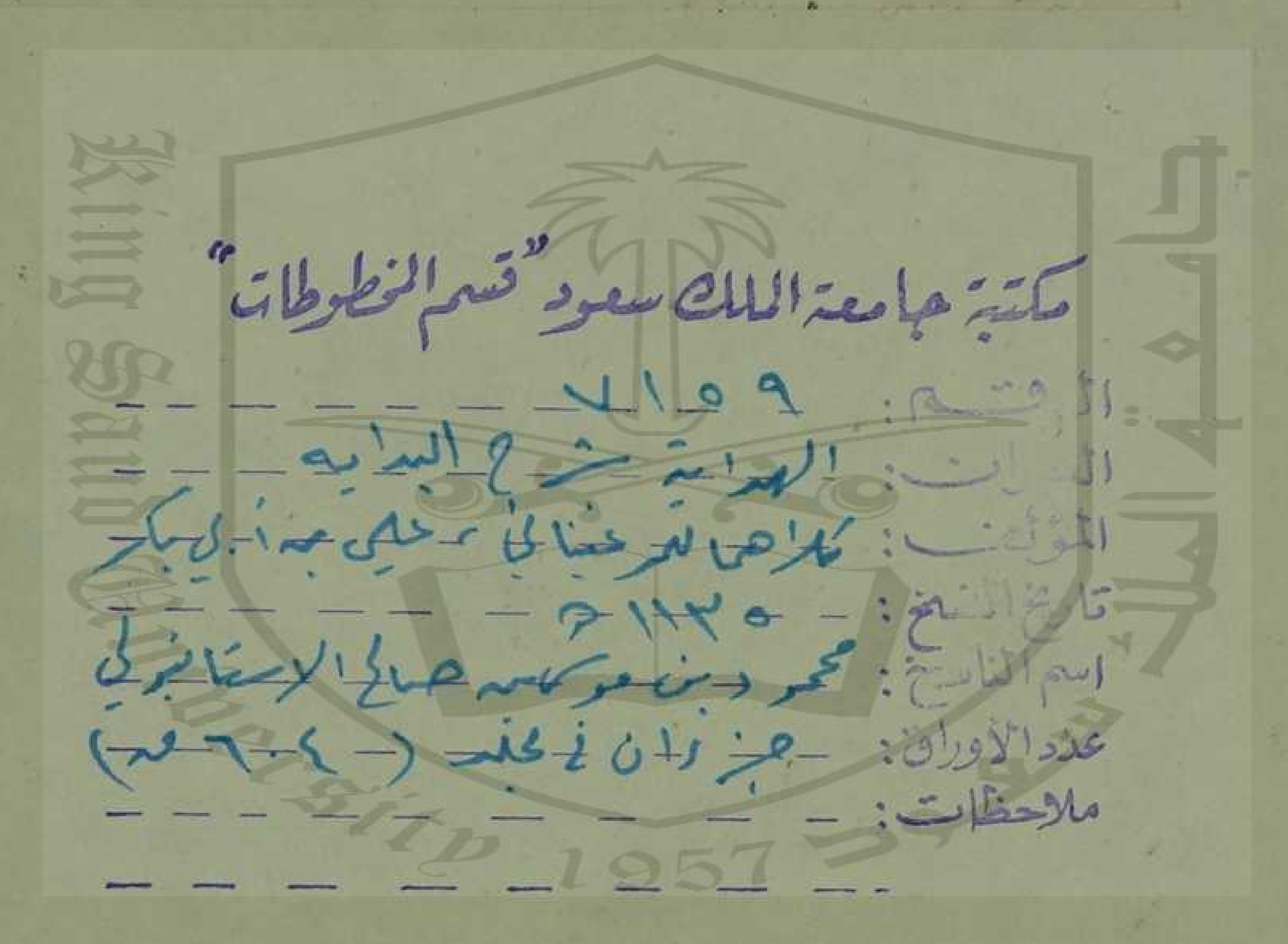
جزءان في مجلد (٦٠٤ق) ٢٣ س ٢٣ x ١٣ سم

٧١٥٩ نسخة جيدة ، خطها نستعليق جيد . طبع .

الأعلام ٥ : ٧٣ الأزهرية ٢ : ٢٩٣

١- المذهب الحنفي ، فقه المذاهب الاسلامية

أ- المؤلف ب- الناسخ ج- تاريخ النسخ د- شرح بداية المبتدي .




شرح بداية الفقه المسمى بالهداية
مكتبة جامعة الملك سعود "قسم المخطوطات"
Copyright © King Saud University



منه العونا

مولانا

پادشاها من بدرگاهت پناه آورده‌ام
در حریم حضرت روی سیاه آورده‌ام
چار چیز آورده‌ام یارب که در گنج تو نیست
نیستی و حاجت و عذر و گناه آورده‌ام

یا شفیع المذنبین بار گناه آورده‌ام
بر درت این بار با پشت دوتا آورده‌ام
آن نمی‌گویم که بودم سالها در راه تو
هستم آن گمره که اکنون رو براه آورده‌ام
گرچه روی معذرت نگذاشت گستاخی مرا
کرده گستاخی زبان عذرخواه آورده‌ام

گفت پیغمبر که دائم بهر پند
دو فرشته خوش منادی میکنند
ای خدایا منفقان را سیر دار
هر درمشان را عوض ده صد هزار
وی خدایا ممسکان را در جهان
تو مده الا زیان اندر زیان

مولانا

یارب بحق آنکه بهستی [illegible]
ایمان و امان و [illegible]
[illegible]

دل بدست آور که حج اکبر است
از هزاران کعبه یک دل بهتر است
کعبه بنیاد خلیل آزر است
دل نظرگاه جلیل اکبر است

صائب

مدتی گفتار بی کردار او کردی و رفت
روزگاری هم همین کردار بی گفتار ده

لحضرت مولانا جلال الدین الرومی البلخی ابن سلطان العلماء ابن حسین الخطیبی قدس الله ارواحهم

الروح من نور عرش الله مبدؤها
وتربة الارض اصل الجسم والبدن
قد الف الملك الجبار بينهما
ليصلحا لقبول العلم والمحن
الروح في غربة والجسم في وطن
فارحم غريبا كئيبا نازح الوطن

صائب

باده بی درد در میخانه افلاک نیست
دانه بی دام در وحشت سرای خاک نیست

بسم الله الرحمن الرحيم

اعلم ان الفقهاء على سبع طبقات **الاولى** طبقة المجتهدين في الشرع كالائمة الاربعة ومن سلك مسلكهم في تاسيس قواعد الاصول واستنباط احكام الفروع عن الادلة الاربعة الكتاب والسنة والاجماع والقياس على حسب تلك القواعد من غير تقليد لاحد لا في الفروع ولا في الاصول **الثانية** طبقة المجتهدين في المذهب كابي يوسف ومحمد رح وساير اصحاب ابي حنيفة رح القادرين على استخراج الاحكام عن الادلة المذكورة على حسب القواعد التي قررها استاذهم ابو حنيفة فانهم وان خالفوا في بعض احكام الفروع لكنهم يقلدونه في قواعد الاصول وبه يمتازون عن المعارضين في المذهب ويفارقونهم كالشافعي رح ونظائره المخالفين لابي حنيفة في الاحكام غير المقلدين له في الاصول **والثالثة** طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب كالخصاف وابي جعفر الطحاوي وابي الحسن الكرخي وشمس الائمة الحلواني وشمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضي خان وامثالهم فانهم لا يقدرون على المخالفة للشيخ لا في الاصول ولا في الفروع لكنهم يستنبطون الاحكام في المسائل التي لا نص فيها عنه على حسب اصول قررها ومقتضى قواعد بسطها **والرابعة** طبقة اصحاب التخريج من المقلدين كالرازي واضرابه فانهم لا يقدرون على الاجتهاد اصلا لكنهم لاحاطتهم بالاصول وضبطهم بالماخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين وحكم مبهم محتمل لامرين منقول عن صاحب المذهب او عن واحد من اصحابه المجتهدين برايهم ونظرهم في الاصول والمقايسة على امثاله ونظائره من الفروع وما وقع في بعض المواضع من الهداية من قوله كذا في تخريج الكرخي وتخريج الرازي من هذا القبيل **والخامسة** طبقة اصحاب الترجيح من المقلدين كابي الحسن القدوري وصاحب الهداية وامثالهما وشانهما تفضيل بعض الروايات على بعض آخر بقولهم هذا اولى وهذا اصح رواية وهذا اوضح رواية وهذا اوفق للقياس وهذا ارفق للناس **والسادسة** طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الاقوى والقوي والضعيف وظاهر المذهب وظاهر الرواية والرواية النادرة كاصحاب المتون المعتبرة من المتاخرين مثل صاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب المجمع وشانهم ان لا ينقلوا في كتابهم الاقوال المردودة والرواية الضعيفة **والسابعة** طبقة المقلدين الذين لا يقدرون على ما ذكروا فلا يفرقون بين الغث والسمين ولا يميزون الشمال عن اليمين بل يجمعون ما يجدون كحاطب الليل فويل لهم ولمن قلدهم كل الويل تمت الرسالة لابن كمال [illegible]

منه المولى وعليه الاعتماد وبه نقول

و بالله حولي واعتصامي وقوتي ... وما لي الا ستره متجللا
فيا رب انت الله حسبي وعدتي ... عليك اعتمادي ضارعا متوكلا

ار مطلي سما مولا وما لي سماليا ... لعلي سما كفا معي نغز العلي

يا رب لا زال لطف منك يشملني ... وقد تجدد بي ما انت تعلمه
فاصرفه عني كما عودتني كرما ... فمن سواك لهذا العبد يرحمه

للمولى محيي الدين العربي الطائي الاندلسي الدمشقي قدس سره

يا غارة الله حلي عقد ما ربطوا ... وشتتي شمل اقوام بنا خلطوا
الله اكبر سيف الله قاطعهم ... وكلما قد علوا في مكرهم هبطوا

وفي حزب النصر لابي الحسن الشاذلي قدس سره

ان ابطات غارة الارحام وابتعدت ... فاقرب الشيء منا غارة الله
يا غارة الله جدي السير مسرعة ... في حل عقدتنا يا غارة الله

واعلم ان ... [illegible]
كلام [illegible]
رواية النوادر [illegible]
الرواية وظاهر الرواية [illegible]
ورواية الاصول بعنوان [illegible]
المبسوط والجامعة والزيادات [illegible]
[illegible] ورواية النوادر [illegible]
محمد [illegible]
الرواية [illegible] ورواية النوادر رواية [illegible]
عن غير الاصول المذكورة [illegible]
[illegible] ابو السعود
فايدة الدر [illegible] في باب [illegible] من كتاب الطلاق

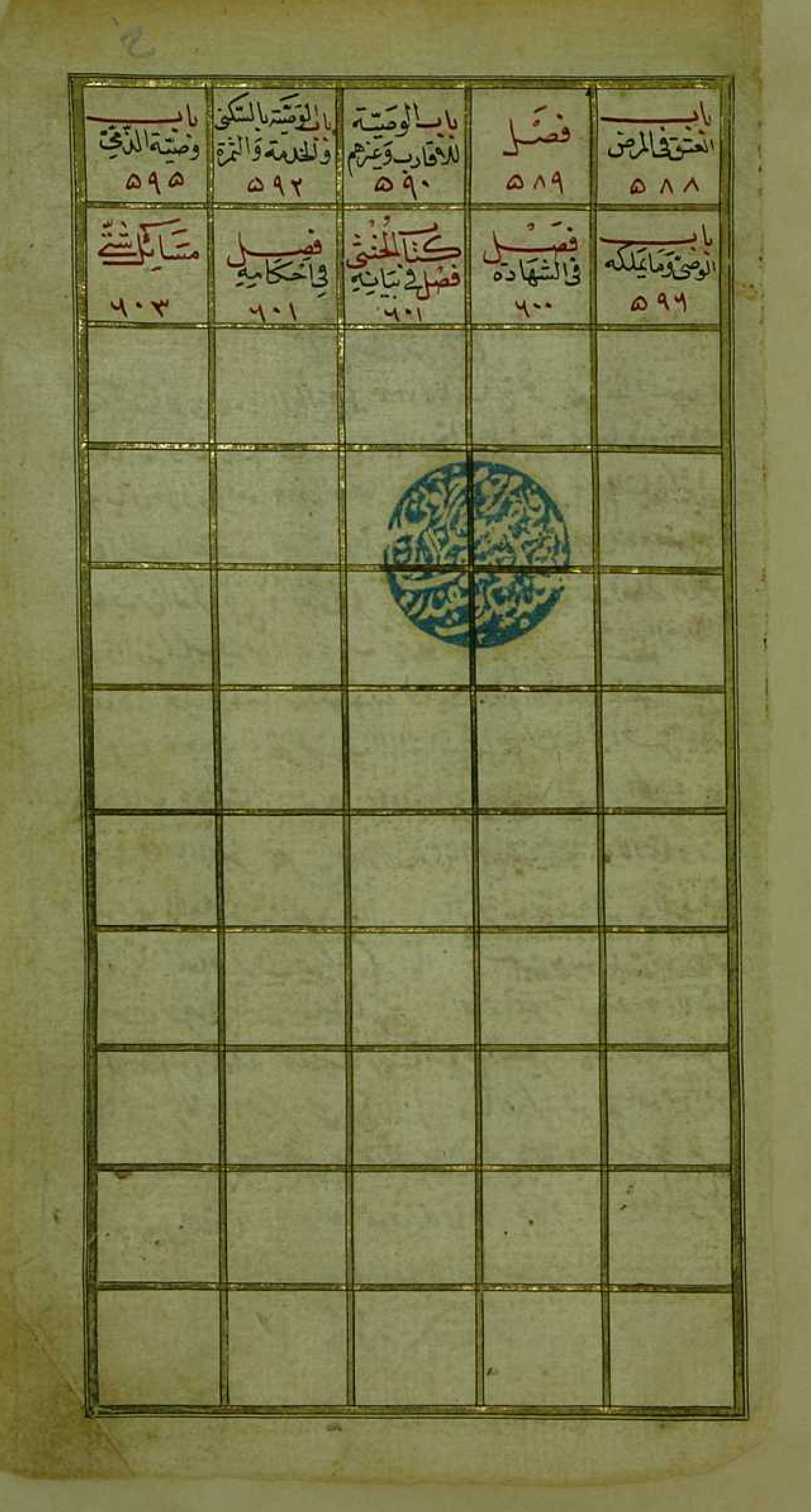


وصية حضرت مولانا جلال الدين الصديقي
الرومي البلخي الملقب بحضرة مولانا قدس سره

اوصيكم بتقوى الله في السر والعلانية وبقلة الطعام وقلة المنام
وقلة الكلام وهجر المعاصي والاثام وترك الشهوات على الدوام
والمواظبة على القيام بدوام الصيام واحتمال الجفاء من جميع الانام
وترك مجالسة السفهاء والعوام ومصاحبة الصالحين والكرام
والحمد لله وحده

ولصاحب الهداية ولد اسمه نظام الدين وحفيد اسمه عماد الدين هما من المؤلفين في الفقه
يعلم ذلك من كلام القهستاني في شرحه قول الصدر في مختصر الوقاية الا ان يصدقه البقية في كتاب
الاقرار والله تعالى اعلم

عبادات نكاح ثم عتق وايمان حدود فالجهاد
لقيط لقطة ثم اباق ومفقود وشركتنا تعاد
وقفنا البيع كفالة احلة قضانا فالشهادة لا تعاد
وكل قبل دعواه متوا وصلح لا تقارب يا جواد
واودع اواعره وماب بعود واجره وكاتب يستفاد
ولاء دول اكراه وحجر لماذون وغصب قد تعاد
بشفعة قسمة زارع وساقي وذبح لاضاحي فيه ساد
بالاستحسان جا احيا موات والاشربة لصيد قد يصاد
بره من جناية اوصى وباقي لخنثى حكم احوال تزاد
كترتيب الهداية ما قراه فنظر تهتدي يا ذا العماد





بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا الى بالغ حكمه واولانا سابغ نعمه نحمده حمدا نستفيد به
رضوانه ونستزيد به احسانه وصلى الله تعالى على محمد الذي جعله قدوة لانامه
في بيان حلاله وحرامه وعلى اله مصابيح الظلم وينابيع الحكم وسلم تسليما كثيرا
قال العبد الضعيف ابو الحسن علي ابن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني وفقه الله تعالى
لما فيه من الذكر الجميل والذخر الجزيل كان يخطر ببالي عند ابتداء حالي ان يكون
في الفقه كتاب فيه من كل نوع باب تم صغير الحجم كبير الرسم يتحفظه الشادي
المبتدي ويتأمله الهادي المهتدي وحيث وقع الاتفاق بتطواف
العراق وجدت المختصر المنسوب الى القدوري اجمل كتاب في احسن ايجاز
واعجاب ورأيت كبراء الدهر بما وراء النهر يرغبون الصغير والكبير في
حفظ الجامع الصغير فهممت ان اؤلف كتابا اجمع فيه بينهما ولا اتجاوز
فيه عنهما الا ما دعت الضرورة اليه وحملني كثرة وقوعه عليه والتحرز فيه
عن ايراد المعاد ليرغب فيه كل حاضر وباد وسميته بداية المبتدي ولو
وفقت لشرحه لوسمته بكفاية المنتهي اذ الابتداء منوطة المبانيه والانتهاء
بالوقوف على المعاني ورأيت ترتيب الجامع الصغير وهو الاحسن
فاقتفيته تبركا بما اختاره محمد بن الحسن وما لا ذكر له فيه فموضعه قبيل البيوع
وبعد في اثناء هذا المجموع وتكلفت فيه للجمع بين الاجناس تحريا
لتسهيل الاقتباس والله الموفق لاتمامه وهو المستعان على
اختتامه والله اعلم بالصواب

ديباجة البداية متن الهداية



بسم الله الرحمن الرحيم وبه العون

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه، وأظهر شعائر الشرع وأحكامه،
وبعث رسلا وأنبياء عليهم السلام إلى سبل الحق هادين، وأخلفهم علماء
رحمهم الله إلى سنن سننهم داعين، يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك
الاجتهاد، مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الإرشاد، وخص
أوائل المستنبطين بالتوفيق، حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق،
غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع، والنوازل يضيق عنها نطاق
الموضوع، واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد، والاعتبار
بالأمثال من صنعة الرجال، وبالوقوف على المآخذ يعض عليها
بالنواجذ، وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي أن أشرحها
بتوفيق الله شرحا أرسمه بكفاية المنتهي، فشرعت فيه والوعد
يسوغ بعض المساغ، وحين أكاد أتكئ عنه اتكاء الفراغ،
تبينت فيه نبذا من الإطناب، وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب،
فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية،
أجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية،
تاركا للزوائد في كل باب، معرضا عن هذا النوع
من الإسهاب، مع ما أنه يشتمل على أصول ينسحب عليها فصول

واسأل

واسأل الله تعالى أن يوفقني لإتمامها، ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها،
حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف، يرغب في الأطول والأكبر،
ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر، وللناس فيما يعشقون
مذاهب، والفن خير كله. ثم سألني بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع
الثاني، فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما أقاوله، متضرعا إليه في التيسير
لما أحاوله، إنه الميسر لكل عسير، وهو على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير.

كتاب الطهارات

قال الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلوة الآية. ففرض الطهارة
غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس بهذا النص. والغسل هو الإسالة،
والمسح هو الإصابة. وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن
وإلى شحمتي الأذن، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة، وهو مشتق منها.
والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله،
هو يقول: إن الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم. ولنا
أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها، إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة
الكل، وفي باب الصوم لمد الحكم إليها، إذ الاسم يطلق على الإمساك
ساعة. والكعب هو العظم الناتئ هو الصحيح، ومنه الكاعب.
والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية، وهو ربع الرأس لما روى
المغيرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم
فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه. والكتاب مجمل فالتحق بيانا
به، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلاث شعرات، وعلى مالك
رحمه الله في اشتراط الاستيعاب. وفي بعض الروايات قدره
بعض أصحابنا رحمهم الله بثلاث أصابع، لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح.
وسنن الطهارة: غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ



المتوضئ من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمس
يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده ولان اليد
آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع
الكفاية به في التنظيف وتسمية الله في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام
لا وضوء لمن لم يسم والمراد به نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها
في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لانه
عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام
فعل كذلك قال والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما
على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق
كذلك هو المحكي من وضوئه عليه السلام قال ومسح الاذنين وهو
سنة بماء الرأس عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام
الاذنان من الرأس والمراد به بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية
لان النبي عليه السلام امره جبرئيل صلوات الله عليه بذلك وقيل هو
سنة عند ابي يوسف رحمه الله جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان السنة اكمال الفرض في محله وداخل اللحية ليس بمحل له
وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم كيلا تتخللها نار جهنم
ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي عليه السلام
توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء من لا يقبل الله تعالى الصلوة الا به
وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر
مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي
فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة
قال ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية

كالتيمم

كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه
طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حال
ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد ويستوعب رأسه بالمسح وهو
السنة وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا
بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح برأسه مرة واحدة
وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي يروى من التثليث
محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله
ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار
كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء
فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب في الوضوء سنة
عندنا وقال الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والفاء للتعقيب
ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة
فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة
لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل
والترجل

فصل في نواقض الوضوء

المعاني الناقضة للوضوء
كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقيل
لرسول الله صلى الله عليه وسلم وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين
وكلمة ما عامة فيتناول المعتاد وغيره والدم والقيح اذا خرجا
من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال
الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي
ان النبي عليه السلام قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة
امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله
عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله من قاء او رعف

في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج
النجاسة موثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار
على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول غير ان
الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملأ الفم في القيء لان
بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف
السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور
على الانتقال والخروج وملأ الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه
الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء
وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان عنده اعتبارا بالمخرج المعتاد
ولاطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام
ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول
علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم واذا تعارضت
الاخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل وما رواه زفر رحمه الله
على الكثير والفرق بين المسلكين قد بيناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع
يملأ الفم فعند ابي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله
اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى
ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث
لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما فغير
ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ناقض
اذا كان ملأ الفم والخلاف في المرتقي من الجوف واما النازل
من الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة
لابي يوسف رحمه الله انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة

وما يتص

وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملأ
الفم لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا
بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان
قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل
من الراس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع
يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا
الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى
عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل
مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته
بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف
حالة القيام والركوع والسجود في الصلوة وغيرها هو الصحيح لان بعض
الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه
قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة
على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء
والاغماء حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه
بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات
ركوع وسجود والقياس انها لا تنقض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه
ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
وخارج الصلوة ولنا قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد
الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة
مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك
ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة

دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من رأس الجرح
او سقط اللحم عنه لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس ما عليها
وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء
والفسو بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل لانها لا تنبعث
عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال
خروجها من الدبر فان قشرت نقطة فسال منها ماء او صديد او غيره
ان سال عن رأس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال
زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي
مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم
ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء وهذا اذا قشرها
فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل
سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه السلام
عشر من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق
ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا
وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج
عن قضية النص بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام
انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل
فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ
وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلثا
ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل

فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يستنقع عليه الماء لا يؤخره وانما يبدأ
بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض
ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمة
رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها
هو الصحيح لما فيه من الحرج بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها
قال والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة
من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه الله خروج
المني كيفما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل
من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة
خروج المني على وجه الدفق والشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى
شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة
وعند ابي يوسف رح ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل
يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب
والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان
وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب للانزال
ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه
وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا
بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة والحيض
لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالاجماع
وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين
وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة
وسمى محمد رح الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك

هو واجب لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام
من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل وبهذا يحمل
ما رواه على الاستحباب أو على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند أبي يوسف
وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها
وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع
فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة وأما في عرفة والإحرام
فسنبينه في المناسك وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء
لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول
يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر أبيض ينكسر منه الذكر
والمذي رقيق يضرب إلى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله والتفسير
مأثور عن عائشة رضي الله عنها باب الماء الذي يجوز به الوضوء
الطهارة من الأحداث جائزة بماء السماء والأودية والعيون
والآبار والبحار لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام
الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه وقوله عليه السلام
في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه
ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لأنه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده
منقول إلى التيمم والوظيفة في هذه الأعضاء تعبدية فلا يتعدى إلى غير
المنصوص عليه أما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لأنه ماء
خرج من غير علاج ذكره في جوامع أبي يوسف رحمه الله وفي الكتاب
إشارة إليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره
فأخرجه عن طبع الماء كالأشربة والخل وماء الباقلا والمرق
وماء الزردج لأنه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا ما تغير
بالطبخ فإن تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز التوضي

بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن أو الأشنان
والزعفران والصابون قال رضي الله عنه أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى
المرق والمروي عن أبي يوسف رح أنه بمنزلة ماء الزعفران هو الصحيح كذا
اختاره الناطفي والإمام السرخسي رح وقال الشافعي رح لا يجوز التوضي
بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس الأرض لأنه ماء مقيد ألا ترى
أنه يقال له ماء الزعفران بخلاف أجزاء الأرض لأن الماء لا يخلو عنها عادة
ولنا أن اسم الماء باق على الإطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة وإضافته
إلى الزعفران كإضافته إلى البئر والعين ولأن الخلط القليل لا معتبر به لعدم
إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض فيعتبر الغالب والغلبة بالأجزاء
لا بتغير اللون هو الصحيح فإن تغير بالطبخ بعدما خلط به غيره لا يجوز التوضي به
لأنه لم يبق في معنى المنزل من السماء إذ النار غيرته إلا إذا طبخ فيه ما يقصد به
المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه لأن الميت قد يغسل بالماء الذي
أغلي بالسدر بذلك وردت السنة إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير
كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت فيه النجاسة
لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة أو كثيرا وقال مالك رح يجوز ما
لم يتغير أحد أوصافه لما روينا وقال الشافعي رح يجوز إذا بلغ الماء قلتين
لقوله عليه السلام إذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ
من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن
فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك رح ورد في بئر بضاعة
وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي رح ضعفه أبو داود
أو هو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة
جاز الوضوء منه إذا لم ير لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان الماء والأثر هو
الطعم أو الرائحة أو اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل

يرسب بنية والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك طرفه
الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر
لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق
فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال
وهو قول ابي يوسف رحمه الله وعنه بالتحريك باليد وعن محمد رحمه الله
بالتوضي وجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي
وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس
وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف
وهو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر
اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف رحمه الله لا ينجس
الا بظهور اثر النجاسة فيه كالماء الجاري وموت ما ليس له نفس سائلة
في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها وقال
الشافعي رحمه الله يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة
بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله
عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس
اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لطهارته
لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة
كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع
والسرطان وقال الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات
في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم
اذ الدموي لا يسكن في الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك
يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح
والضفدع البري والبحري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم

وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش
دون مائي المولد مفسد قال الماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك
والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع
وقال زفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله ان كان المستعمل
متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر
وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء
نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال
محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله هو طاهر غير طهور لان
ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت
صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس
لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه
ما ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية
ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله نجاسة غليظة اعتبارا
بالمستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان
الاختلاف والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه
القربة قال رضي الله عنه وهذا عند ابي يوسف رح وقيل هو قول
ابي حنيفة رح ايضا وقال محمد رح لا يصير مستعملا الا باقامة القربة
لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانها تزال بالقرب
وابو يوسف رح يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد
بالامرين ومتى يصير مستعملا فالصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا
لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده
والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف رح الرجل بحاله
لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين

وعند محمد رح كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم
نية القربة وعند ابي حنيفة رح كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض
باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة
الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له
حكم الاستعمال قبل الانفصال وهي اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب
دبغ فقد طهر وجازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي
لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رح
في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب
لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله في جلد الكلب وليس
الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف
الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه
وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع
النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود
يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة
لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح
وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها وعصبها وقرنها طاهر وقال
الشافعي نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها ولهذا لا يتالم
بقطعها فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه
طاهر وقال الشافعي رح نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا
ان حرمة الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته فصل
في البير واذا وقعت في البير نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة
لها باجماع السلف ومسائل البير مبنية على اتباع الآثار دون القياس
فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء

استحسانا

٨

استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان
ان آبار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها
الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره
الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد ولا فرق بين
الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والبعر والروث والخثي لان
الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا
ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى عن القليل فيه الا
على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه كالبير في حق
البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء الحمام او العصفور لا تفسده
خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحال الى فساد فاشبه خرء الدجاج
ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر
بتطهيرها واستحالته لا الى نتن ولا رائحة فاشبه الحماة فان بالت
فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا
واصله ان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه عليه السلام
امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام
استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن
وفساد فصار كبول ما لا يوكل لحمه وتاويل ما روي انه عرف شفاءهم فيه
وحيا ثم عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن
بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف رحمه الله يحل للتداوي للقصة
وعند محمد رحمه الله يحل للتداوي وغير التداوي لطهارته عنده
وان ماتت فيها فارة او عصفور او صعوة او سودانية او سام ابرص
نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغره يعني بعد اخراج

الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر
واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفور ونحوها
يعادل الفارة في الجثة فاخذ حكمها والعشرون بطريق الايجاب
والثلثون بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها
كالدجاجة والسنور ينزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع
الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون
دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر
في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع
ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود
وان ماتت فيها شاة او آدمي او كلب نزح جميع ما فيها
لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم افتيا بنزح الماء كله حين
مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان فيها او تفسخ نزح
جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
وان كانت البئر معينة لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها
من الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة بمثل موضع الماء من البئر ويصب
فيها ما ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء
علامة ثم ينزح منها عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص
فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان مرويان عن ابي يوسف رحمه الله
وعن محمد رحمه الله مائتا دلو الى ثلثمائة فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده
وعن ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء
ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما
بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه فان وجد في البئر فارة

او غيرها ولا يدري متى وقعت ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا
توضؤا منها وغسلوا كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت
او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين
لا يزال بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته
ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال
به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ
والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات
لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة على الثوب فقد قال المعلى هي على الخلاف
فيقدر بالثلث في حق البالي وبيوم وليلة في حق الطري ولو سلم فالثوب
يرى عينه والبئر غائب عن بصره فيفترقان **فصل في الآسار**
وغيرها وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما
حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب
وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر
وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام
يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس
الاناء فالماء اولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو
حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر
بالثلث فما يصيبه سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع
محمول على الابتداء وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر وسؤر
سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير
لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر
الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف رحمه الله انه غير مكروه لان النبي عليه السلام



او بالاستعمال واعتبر الشافعي رح خوف التلف وهو مردود بظاهر
النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه تيمم بالصعيد
وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة
خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله
ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحدهما
وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم ضربتان
ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب
كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه
مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح
والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما
جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه
الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء
فقال عليه السلام عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بكل
ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة والكحل
والزرنيخ وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل
وقال الشافعي رح لا يجوز الا بالتراب خاصة وهو رواية عن ابي يوسف
لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا كذا قاله ابن عباس رض
غير ان ابا يوسف رح زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد
اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه
اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه
غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة
على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق والنية فرض
في التيمم وقال زفر رح ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه

ولنا

ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة
والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة
اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب
فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد
رح وقال ابو يوسف رح هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم
لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب
ما جعل طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة
لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ
عندنا خلافا للشافعي رح بناء على اشتراط النية فان تيمم المسلم ثم ارتد
والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رح بطل تيممه لان الكفر
ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي
صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء
وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض
الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر
على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية
لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما
والنائم عند ابي حنيفة رح قادر تقديرا حتى لو مر النائم المتيمم على الماء
بطل تيممه والمراد ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء
ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة
التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء
وهو يرجوان يجده ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد
الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع

في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في غير رواية الاصول
ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق به وجه ظاهر الرواية
ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء
من الفرايض والنوافل وعند الشافعي رح يتيمم لكل فرض لانه طهارة
ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الما فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم
الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة
ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد
فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله
والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث
الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله
ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته
والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق
لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للما في صلوته فيفسد ولا يتيمم
للجمعة وان خاف الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة صليها والا
صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا
اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضا ويقضي ما فاته
لان الفوت الى خلف وهو القضا والمسافر اذا نسي الما في رحله
فتيمم وصلى ثم ذكر الما لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رح يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره
وذكر في الوقت وبعده سوا له انه واجد للما فصار كما اذا كان
في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للما عادة فيفترض

الطلب

لما روي انه عليه السلام نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين
الفوايت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق
الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرايض
وفيما وجبت لعينه كسجدة التلاوة وتظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه
بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده
لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المودى ويكره ان يتنفل
بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة
ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج
الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل
المتواتر وصفته معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء
ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما
وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي عليه السلام
امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه
ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين
لان بلالا رض قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي عليه السلام راقدا
فقال عليه السلام ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه
وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح
قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور
ثم هو حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت
الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عليه السلام لبلال
اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب
ويستقبل بهما القبلة لان النازل من السماء اذن مستقبل القبلة

الطلب ولكنها انه لا قدرة بدون العلم وهي المراد بالوجود وما اعد معه
للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق
ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة الى خلف وهو التيمم وليس
على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء
في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء
لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة
ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل
ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه
عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء
مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق
القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة
حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة
كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة
كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة
على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا
فلو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج
الوقت والمتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما
على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث
وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة
ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم
فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان
الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها

ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة
ويحول وجهه بالصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خاطب القوم
فيواجههم فان استدار في صومعته فحسن مراده اذا لم يستطع
تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة
بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن
ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي صلى الله عليه وسلم بلالا رضي الله عنه
ولانه ابلغ للاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية
والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان
والاقامة حسن وكره في ساير الصلوات ومعناه العود الى الاعلام
بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة
بعد عهد الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين لتغير احوال الناس وخصوا
الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور
التواني في الامور الدينية وقال ابو يوسف رح لا ارى باسا ان يقول
المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير
ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك
الله واستبعده محمد رح لان الناس سواسية في امر الجماعة
وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين حتى
لا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان
والاقامة الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجلس
في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه
ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل
بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة رحمه الله ان التاخير مكروه
فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف

وكذا

لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها

وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من وقت

المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل الاصابع الى الساق

لحديث المغيرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه

ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح

على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر

حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس

فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا

بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلثة اصابع من اصابع اليد

وقال الكرخي رح من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح

ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يتبين منه قدر ثلثة اصابع من اصابع

الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال الشافعي وزفر رح

لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي

ولنا ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة فيلحقهم الحرج في النزع

وتخلو عن الكثير فلا حرج والكبير ان ينكشف منه قدر ثلثة اصابع

من اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث

اكثرها فقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر

بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار

في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع

في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر

بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف

العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه

الغسل لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنه

قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا

ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول وغائط او نوم ولان

الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض

المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف

لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر

الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا

واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية

الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق

الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق

لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح

وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق

الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما

اذا استكمل المدة للاقامة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم

والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة

نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه

مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف

مسح عليه خلافا للشافعي رح فانه يقول البدل لا يكون له بدل

ولنا ان النبي عليه السلام مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا

وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف

بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعدما احدث لان الحدث حل

الخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز

المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف

ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين

او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي
عليه السلام مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا
وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه
الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا
اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه
الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين
لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز
على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عليه السلام فعل ذلك
وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف
فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن رحمه الله
ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة
من غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل
لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال
العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود **باب الحيض والاستحاضة** اقل الحيض ثلثة ايام
ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام
اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة
ايام وهو حجة على الشافعي رح في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رح
يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل
قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة
لما رويناه وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد
والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه
المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا

وقال ابو يوسف رح لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان
من الرحم لتاخر خروج الكدر عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة
جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا
وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها
واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء يكون
حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة
يحمل على فساد المنبت فلا يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض
الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوة
لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدينا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوة ولان في قضاء
الصلوة حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد
وكذا الجنب لقوله عليه السلام فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب
وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في اباحة الدخول على وجه العبور
والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها زوجها
لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء
قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن
وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية
فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه
ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث
لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر
ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت
الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا
عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو

الصحيح لانه تابع بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص مسها بالكم
لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع
تضييع حفظ القران وفي الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح
واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطيها حتى
تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال
ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة
الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلوة
صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون
عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت
لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب
وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل لان الحيض
لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب للقراءة بالتشديد قال
والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم الجاري المتوالي
قال رضي الله هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة رح ووجهه ان
استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله
وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف رحمه الله
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقيل هو آخر اقواله ان الطهر المتخلل
اذا كان اقل من خمسة عشر لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه
طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه
يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن
ابرهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد
الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم
ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف

لا يمنع

لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطي لقوله عليه السلام توضأ وصلي وان قطر
الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع
ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها
والذي زاد استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع ايام اقرائها
ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت
مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة
لانا عرفناه حيضا بيقين فلا يخرج عنه بالشك **فصل** والمستحاضة ومن به
سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل
صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل
وقال الشافعي رح تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة
تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى
بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة
وهو المراد بالاول لان اللام يستعار للوقت يقال آتيك لصلوة
الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم
عليه واذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلوة
اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر استأنفوا اذا دخل الوقت
فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله
اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض
بخروج الوقت اي عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر
الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر رح ان اعتبار
الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر

ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا يعتبر قبله وبعده ولهما
انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت
وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد
بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلي
الظهر به عندهما هو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر
في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه
بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت
صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها
وهو من ذكرناه ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة
بهذا تتحقق وهي تعم الكل **فصل في النفاس** والنفاس هو الدم
الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من
خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل
ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان
ممتدا وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم
ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه
بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي
عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي
استبان بعض خلقه ولد حتى تصير نفساء والصبي الامة ام ولد به
وكذا تنقضي به العدة واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج
من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره اربعون يوما
والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها انه عليه السلام وقت
للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين وان جاوز
الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت

الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها
اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن واحد
فنفاسها من الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان كان
بين الولدين اربعون يوما وقال محمد رح من الولد الاخير وهو قول زفر
لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي
العدة بالاخير بالاجماع ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا
وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت
بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع **باب الانجاس وتطهيرها**
تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه
لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه
بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان
لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء
وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي
لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا
ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية
بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجس
يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول
ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز
في البدن بغير الماء واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث
والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان
وقال محمد لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف
لا تزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام

فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور
ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه
الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله
لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا
بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما روي
وعليه مشايخنا فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما
لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل
ما يتصل به من الرمل جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس
لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها
الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ
فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان
رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي المني طاهر والحجة عليه
ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها
المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى
فيه اشد وعن ابي حنيفة رح لا يطهر لان حرارة البدن جاذبة
فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة
او السيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره
يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب
اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه
لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام زكوة الارض
يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص
الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه
من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرؤ الدجاج وبول الحمار

جازت

جازت الصلوة معه وان زاد لم يجز وقال زفر والشافعي رح قليل
النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل
لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا فقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع
الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر
عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير
المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى
في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة
لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جاز
الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله
لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام
وعنه ربع ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع
الذي اصابه كالذيل والدخريص والكم وعن ابي يوسف رح شبر
وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف
في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب
الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه
عند ابي حنيفة رحمه الله لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عليه السلام
رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت
التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد
فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء
الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض
تنشفه ولنا ان الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة
حتى يطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول
اللحم وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رحمه الله في غير المأكول ووافقهما

بشبر صح

في المأكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير
الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى
وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته
عند ابي يوسف ولحمه مأكول عندهما واما عند ابي حنيفة التخفيف لتعارض
الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطير اكثر من قدر الدرهم اجزأت
الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز وقد قيل ان الاختلاف
في النجاسة وقيل في المقدار وهو الاصح وهو يقول التخفيف للضرورة
ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي
عنه متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده
لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك او من لعاب
البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك
فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف انه اعتبر
فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه
فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء
لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال والنجاسة ضربان مرئية
وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينها لان النجاسة
حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها
ما يشق ازالته لان الحرج موضوع شرعا وهذا يشير الى انه لا يشترط
الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام
وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه
قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر
غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن

يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث
المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه
هو المستخرج **فصل في الاستنجاء** الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام
واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود
هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي
لا بد من الثلث لقوله عليه السلام وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام
من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد
وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع
وغسله بالماء افضل لقوله تعالى رجال يحبون ان يتطهروا وانزلت
في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل سنة في زماننا
ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه طهر ولا يقدر بالمرات
الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع
ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ
الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء
على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء
فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة
وابي يوسف لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء
اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث
النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة
واسراف ولا بيمينه لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين
كتاب الصلوة **باب المواقيت** اول وقت الفجر اذا طلع
الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث

امامة جبريل عليه السلام فانه ام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم
الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت
الشمس تطلع ثم قال في اخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك
ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه
الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل
وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر
اذا زالت الشمس لامامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس
واخر وقتها عند ابي حنيفة رحمه الله اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى
فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة
وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة
جبريل عليه السلام في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عليه السلام
ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر
في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي
الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين
واخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من ادرك ركعة
من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب
اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رح
مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبريل عليه السلام ام في
يومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام اول وقت المغرب
حين تغرب الشمس واخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز
عن الكراهة ثم الشفق هو البياض في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة
وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح
لقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة وله قوله عليه السلام واخر وقت

المغرب

المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما
ذكره مالك رحمه الله في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم
واول وقت العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله
عليه السلام واخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي
في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء واخره
ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر
قال رضي الله عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم
عليه عند التذكر للترتيب فصل ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام
اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة
والحجة عليه ما رويناه وما نرويه قال والابراد بالظهر في الصيف وتقديمها
في الشتاء لما روينا ولرواية انس رض كان النبي عليه السلام اذا كان
في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها قال وتاخير العصر
ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها
بعدها والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين
هو الصحيح والتاخير اليه مكروه قال ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها
مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي بخير
ما عجلوا المغرب واخروا العشاء قال وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث
الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث
الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة
والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة
عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والى
النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله
ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل آخر الليل وان لم يثق بالانتباه

وقوله ان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة **قال** وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جميعا جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها تجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المراة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما **قال**

رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في الرواية لا بالمبالغة او عدم الدخول في ضده في الاخرى ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج **قال** ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجوز لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما

مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار
فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية
لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد
ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر
العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء
الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه
لا خلف له والايماء خلف عن الاركان قال وينوي الصلوة التي
يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام
الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة
والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم عنده
اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه
لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة
والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان
فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كان الصلوة نفلا يكفيه
مطلق النية وكذا ان كان سنة هو الصحيح وان كان فرضا لا بد
من تعيين فرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا
بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد
من التزامه قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره
ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها اجماعا ومن كان غائبا ففرضه
اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان
خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه
فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يساله عنها اجتهد لان

الصحابة رضوان الله عليهم تحروا وصلوا فلم ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه
والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال
الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه
الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك
في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا
كهيئتهم واستحسنه النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رايه الى جهة اخرى
توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى
قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى
من خلفه وصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع
الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة
كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه
على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرايض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة
الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله
تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا
واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام
لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت
هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ قال وما سوى
ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة
وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال
والقعدة الاولى وقراءة التشهد في القعدة الاخيرة والقنوت
في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت فيه

ولهذا لا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب
لما انه ثبت وجوبها بالسنة **قال** واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا
وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى
ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع هو يقول
يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف
الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرار الاركان
ومراعاة الشرائط لما يتصل بها من القيام ويرفع يديه مع التكبير
وهو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط
المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والاصح انه
يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم على الاثبات
كما في كلمة الشهادة ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه
وعند الشافعي يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد
والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي عليه السلام اذا كبر
رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء وانس رضوان الله عليهم اجمعين
ان النبي عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليدين
لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة
ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها وان قال بدل التكبير
الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله
اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ان كان يحسن
التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي
لا يجوز الا بالاوليين وقال مالك لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول
والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام
ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفاته

الله تعالى

تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما
ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية
او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية
اجزاه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية
اجزاه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة رحمه الله في العربية ومع ابي يوسف
في الفارسية لان لغة العربية لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام
في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان
عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان
ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها
بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة
المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا
والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف
انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف
وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا
ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجزيه لان معناه
يا الله آمنا بخير فكان سؤالا **قال** ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى
تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال
تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله في الارسال وعلى الشافعي رح
في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم
وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد
فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة

ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك
الى آخره وعن ابي يوسف يضم اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية
علي رضي الله عنه انه عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ
سبحانك اللهم الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد
وقوله وجل ثناءك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى
ان لا يأتي بالتوجيه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان
الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان
الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله
ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون
الثناء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي
ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل
في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام
وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وربنا لك الحمد وقال الشافعي
يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلوته
بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عليه السلام
كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يأتي بها الا في اول كل ركعة
كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة
والفاتحة الا عند محمد فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب
وسورة او ثلاث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا
عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي في الفاتحة ولمالك
فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها
وللشافعي قوله لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر

من

من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا
بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله
عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عليه السلام
واذا قال ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره
فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود
رضي الله عنه ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه
وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير
يكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع
ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما
وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه
لقوله عليه السلام لانس رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك
وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون
امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك
يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع
بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبي عليه السلام
كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم
ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله
لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة
وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله
عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد
هذه قسمة والقسمة تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا
خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة



لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه صح

والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الأصح وإن كان
يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والإمام بالدلالة عليه آت
به معنى **قال** ثم إذا استوى قائما كبر وسجد أما التكبير والسجود فلما بينا
وأما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة
في الركوع والسجود وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
يفترض ذلك وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام قم فصل فإنك لم تصل
قاله لأعرابي أخف الصلوة ولهما أن الركوع هو الانحناء والسجود هو
الانخفاض لغة فيتعلق الركنية بالأدنى فيهما وكذا في الانتقال إذ هو
غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته إياه صلوة حيث قال وما نقصت
من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة
عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى
يجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الأرض لأن وائل
بن حجر وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه
ورفع عجيزته **قال** ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه لما روي
أنه عليه السلام فعل كذلك ويسجد على أنفه وجبهته لأن النبي عليه السلام
واظب عليه فإن اقتصر على أحدهما جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز على الأنف إلا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام أمرت
أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة ولأبي حنيفة رحمه الله أن السجود
يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به إلا أن الخد والذقن
خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين
والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما وأما وضع القدمين
فقد ذكر القدوري أنه فريضة في السجود فإن سجد على كور عمامته أو فاضل
ثوبه جاز لأن النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويروى أنه عليه السلام

الاقتصار

صلى

صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الأرض وبردها ويبدي ضبعيه
لقوله عليه السلام وأبد ضبعيك ويروى وابدد من الإبداد وهو المد
والأول من الإبداء وهو الإظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لأن النبي
عليه السلام كان إذا سجد جافى حتى إن بهمة لو أرادت أن تمر بين يديه
لمرت وقيل إذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه
أصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام إذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه
فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي
الأعلى ثلاثا وذلك أدناه لقوله عليه السلام وإذا سجد أحدكم فليقل
في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثا وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع
ويستحب أن يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد أن يختم بالوتر
لأنه عليه السلام كان يختم بالوتر وإن كان إماما لا يزيد على وجه يمل القوم
حتى لا يؤدي إلى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لأن
النص تناولهما دون تسبيحهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض
في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لأن ذلك أستر لها **قال** ثم يرفع
رأسه ويكبر لما روينا فإذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام
في حديث الأعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو
جالسا وسجد أخرى أجزأه عند أبي حنيفة رح ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا
في مقدار الرفع والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز لأنه يعد
ساجدا وإن كان إلى القعود أقرب يجوز لأنه يعد جالسا **قال**
فإذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه
ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الأرض وقال الشافعي رح يجلس جلسة
خفيفة ثم ينهض معتمدا على الأرض لما روي أنه عليه السلام فعل ذلك
ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان ينهض

في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه
قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية مثل ما يفعل
في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ
لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا
للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات
العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء
كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه واذا رفع رأسه من السجدة
الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى
نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود
النبي عليه السلام في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه
وتشهد يروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولان فيه
توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امرأة جلست على اليتها
اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها
قال والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام
عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى آخره وهذا تشهد عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي
وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القران وقال قل التحيات
لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات
لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى آخره
لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق
وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم ولا يزيد

على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله
عليه وسلم التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان وسط الصلوة
نهض اذا فرغ من التشهد وان كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء
قال ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث
ابي قتادة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قرأ في الاخريين بفاتحة
الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين
على ما يأتيك من بعد قال ويجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا
من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولانها اشق على البدن من
التورك الذي يميل اليه مالك والذي يروى انه عليه السلام قعد
متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر قال وتشهد وهو واجب
عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي
فيهما لقوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت
ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عليه السلام
خارج الصلوة واجبة اما مرة واحدة كما قال الكرخي او كلما ذكر النبي
عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي
في التشهد هو التقدير ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القران والادعية
المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال له النبي
عليه السلام ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة
على النبي عليه السلام لتكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه
كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل
سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل
كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول
لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه

هو الصحيح

فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض
خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من
عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال
بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح
لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان كان الامام
من الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى
عند ابي يوسف رحمه الله ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمهما الله نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي
الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح
ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت
فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظ السلام واجبة
عندنا وليس بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله عليه السلام
تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود
رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب
بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء
ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان منفردا
فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء
خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء
على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة
لقوله عليه السلام صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة
خلاف مالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل

المستفيض

المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض
في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا له ومن فاتته العشاء فصلاها
بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قضى
الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت حتما وهو الصحيح
لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير
ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ
بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها
قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته
لا يقضى الا بدليل كما اذا سها الامام عن تكبيرات ثم ذكرها في الركوع
ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه
يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة
وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها
على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظ
الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة
فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان
الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو
الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا
عند الهندواني رح لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت
وقال الكرخي تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ
وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق
كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزي
من القراءة في الصلوة آية عند ابي حنيفة رح وقالا ثلث آيات قصار

او آية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه ولان القران معجز والاعجاز لا يحصل
بدونه فاشبه قراءة ما دون آية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران
من غير فصل الا انها ما دون الاية خارج والاية ليست في معناه وفي السفر
يقرأ فاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عليه السلام قرأ
في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان للسفر اثرا في اسقاط شطر الصلوة
فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان
في امنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج والانشقاق لانه يمكنه
مراعات السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين
آية وخمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى
ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق
انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين
الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها
قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل
او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر
والعشاء سواء ويقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك
يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى
الاشعري رضي الله عنه ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء
باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب
على العجلة فالتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التاخير
وقد يقع ان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط
قال ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك
الجماعات قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يطول الركعة الاولى

على

على الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي عليه السلام كان يطيل
الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا
في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت
نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ
والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات
لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات
قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت شيئا
من القران لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل
ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة
ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان
له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة وهو ركن مشترك
بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال عليه السلام
واذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما روي عن محمد
ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام
آية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة
وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة
وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفريضة الاستماع الا ان يقرأ
الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع
في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط السكوت اقامة
لفرض الانصات **باب الامامة** الجماعة سنة مؤكدة لقوله
عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق
واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف رحمه الله
اقرؤهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة

ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان
فان تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى
فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه
فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا
فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي
فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام وليؤمكما اكبركما ولان في تقديمه
تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة
وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء
تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف
كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام
قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والصغير والكبير وذا الحاجة
ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام
الامام وسط الصف فيكره كالعراة وان فعلن قامت الامام وسطهن
لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء
الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه
عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فانه عليه السلام صلى به
واقامه عن يمينه ولا يتاخر عن الامام وعن محمد رحمه الله انه يضع اصابعه
عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره
جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف
يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولنا انه عليه السلام
تقدم على انس واليتيم رضي الله عنهما حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر
دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامراة او صبي اما المراة

فلقوله

فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها
واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن
المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف
في النفل المطلق بين ابي يوسف وبين محمد رحمهما الله والمختار انه لا يجوز
في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه
القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون
لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة
متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني
منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن
وان حاذته وهما مشتركان في صلوة فسدت صلوته ان نوى الامام
امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلوتها
حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب
دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها
كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز
صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رحمه الله
الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء
وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل
ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم
وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة
وان تكون مطلقة وان تكون المراة من اهل الشهوة وان لا يكون
بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى
جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب
منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب

والعشا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يخرجن في الصلوات كلها
لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل
فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة
اما في الفجر والعشا فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة
متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر
خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة
لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام
ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف
الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم
المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة
مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين
لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله
المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة
ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد رح لا يجوز وهو القياس
لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام
صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف مثله
لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا
لان القعود معتبر فثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد
خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله
ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية
معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم قال ولا من
يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة

فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رح يصح في جميع ذلك لان الاقتداء
عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل
خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق
الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد
لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد واعادوا
وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز
والفساد واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا صلوة الامام ومن لا يقرا تامة لانه
معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري
عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراة مع القدرة عليها
فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري يكون قراته قراة له
بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون
موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده
جاز وهو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرا الامام في الاوليين
ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتادي
فرض القراة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراة اما تحقيقا او تقديرا
ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف
فان كان اماما استخلف وتوضا وبنى والقياس ان يستقبل وهو
قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه
الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف او امذى في صلوته
فلينصرف وليتوضا وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى
احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء

فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة
الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة
لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه الا
ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث
فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج
من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد
لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح
الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته
ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير
من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف
حيث يفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه
لو تحقق ما توهمه يستقبله فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء
له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف
خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام
فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى
ما ورد به النص وكذا اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر
الامام عن القراءة فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيهم
لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم
والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع
لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ
وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث
في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر
البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان

فان

فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد
قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير
او كان اميا فتعلم سورة من القرآن او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر
على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث
فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة
او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت من برء او كان صاحب عذر فانقطع
عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقيل الاصل فيه ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة
وعندهما ليس بفرض فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها
في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما رويناه من حديث
ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج
من هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت
التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد
ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحيته للامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى
ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة
والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا
المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه
الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين
اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت
صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة
وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد
صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول
وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول

اول صلوة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يفسد وان تكلم او خرج من المسجد
لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا
وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام والكلام
وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام فتفسد مثله من
صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج اليه
والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه
وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث
في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام
الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة فلو كان اماما
فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة
ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع
راسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى
ليقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه لان الانتقال
مع الطهارة شرط وعند ابي يوسف رح انه يلزمه اعادة الركوع
لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد
فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول
لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما
اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة فقيل تفسد صلوته
لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف
قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رح
في الخطأ والنسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام
ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل

وقراءة القران وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا
لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة العمد
لما فيه من كاف الخطاب قال فان ان فيها او تأوه او بكى فارتفع
بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع
وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتأسف
فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رح ان قوله آه لا يفسد
في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت
على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين
تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى
لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى
ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن
مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر
فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له
آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات
الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع
الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه
في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه
تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل
لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع
الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن
كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال
الصلوة معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه
مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى

تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين
والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام
ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب
رجل بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رح لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به
جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب
وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على هذا الخلاف
في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع لقوله
عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى
ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه
في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزى
بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي
المنوي على حاله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة
الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة رحمه الله
ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن
من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع
والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه
لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف ان لا يقرأ كتاب
فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رح لان المقصود هنالك الفهم
اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان مرت امرأة بين يدي المصلي
لم تقطع الصلوة لقوله عليه السلام لا يقطع الصلوة مرور شيء الا
ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه

في الصلوة

من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل
وان لا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي
على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عليه السلام
اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا
لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل
مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان تكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو
للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام
من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر
وبه ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة
الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان
المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه
وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة
كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة رضي الله عنها
او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام
ان الله كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث
خارج الصلوة حرام فما ظنك بالصلوة ولا يقلب الحصى لانه نوع
عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر
والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام
لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة
لانه عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع
المسنون ولا يلتفت يمينا وشمالا لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي
ما التفت ولو نظر بمؤخر عينه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره

لانه عليه السلام كان يلحظ اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش
ذراعيه لقول ابي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر
نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب
والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح
ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى
لو صافح بنية السلام يفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه
ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع على هامته ويشده
بخيط او بصمغ ليتلبد وقد روي انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل
وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عليه السلام
نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل
اطرافه من جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال
الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته
لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام
في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق وحده
لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان
بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده
على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء
بالامام ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر
رضي الله عنهما ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا بأس
بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان
وباعتباره ثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير
لان فيه استهانة بالصور ولا يسجد على الصور لانه يشبه عبادة
الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان المصلي معظم ويكره ان يكون

فوق

فوق رأسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة
لحديث جبريل عليه السلام انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت
الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد
واذا كان التمثال مقطوع الرأس اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد
بدون الرأس وصار كما اذا صلى الى شمع او الى سراج على ما قالوا
ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره
لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت
على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون امام المصلي
ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا
فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك
لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة
اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد
ولا بأس بقتل العقرب والحية في الصلوة لقوله عليه السلام اقتلوا
الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه
درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق
ما روينا ويكره عد الآي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذا عد
السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله انه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة
والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني
عن العد بعده **فصل** ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء
لانه عليه السلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه
من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز
للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها

وما يحاذيه منه تحط اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان
سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح اقتداء من عليه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت
فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندب
اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا باس به
اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا باس بان ينقش المسجد
بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه
لكنه لا ياثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي
يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش
حتى لو فعل يضمن والله اعلم **باب صلوة الوتر** الوتر واجب عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر
جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ان الله تعالى
زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو
للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان
وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى
في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته **قال** الوتر ثلث ركعات
لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام
كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث وهذا
احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك والحجة
عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رح
بعده لما روي انه عليه السلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع
ولنا ما روي انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشهر
آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من رمضان

لقوله

لقوله عليه السلام للحسن رضي الله عنه حين علمه دعاء القنوت
اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب
وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت
كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام
لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت
في صلوة غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفجر لما روى ابن مسعود
رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت
الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما
انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته
وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر
ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشافعية وعلى المتابعة في قراءة
القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته
كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء
لانه دعاء **باب النوافل** السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل
الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين
وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء
ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة
ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر
في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل
حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه
ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع

افضل خصوصا عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه والاربع
قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه
خلاف الشافعي **قال** ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء
اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة رح ان صلى
ثماني ركعات بتسليمة جاز وتكره الزيادة على ذلك وقالا لا يزيد بالليل
على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل
ودليل الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد
تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى
وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي رحمه الله فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة
فيهما اربع اربع للشافعي قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى
ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رحمه الله انه عليه السلام كان يصلي
بعد العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها وكان عليه السلام
يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة
وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عن العهدة
بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها
جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا **فصل في القراءة**
القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي رحمه الله في الركعات
كلها لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال
مالك رح في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا
ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا
بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه واما الاخريان فيفارقانها
في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة
فيما روي مذكور صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن

قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن

حلف

حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه
ان شاء سكت وان شاء سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله
وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضوان الله عليهم الا ان الافضل
ان يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها
في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر
اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة
مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور
عن اصحابنا رحمهم الله ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط
قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي لا قضاء عليه
لانه متبرع ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام
ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد
ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة
بمنزلة تحريمة مبتداة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع
فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما
ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول
لا يتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها
نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى
اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف رح يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه
والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب
بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة
في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الادا

لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة
للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة
رحمه الله ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما
لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة
في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء
وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا
فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت
بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني
وبقيت عند ابي يوسف رحمه الله فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد
الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين
لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع
الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع
لان عندهما لم يصح الشروع في الثاني وعند ابي يوسف ان صح فقد
اداها ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين
بالاجماع ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء
الاوليين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين
على قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة رح لان التحريمة
باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده
وقد انكر ابو يوسف عليه هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة
انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ
في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ولو قرأ
في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين

قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة
وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها
ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة
القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع
وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية
القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا
في الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر
بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحت بدونه بخلاف النذر
لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ
ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت
يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت
فلو الزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه النافلة او ينقطع هو
عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها
والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف
انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر
والحاجة الى الركوب اغلب قال فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني
وان صلى نازلا ركعة ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع
والسجود لقدرته على النزول فان اتى بهما صح واحرام النازل انعقد
لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف
انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح

هو الظاهر فصل في قيام رمضان يستحب ان يجتمع الناس
في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة
بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر
لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة
لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر
في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة
لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين
ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد
الصحابة روي عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار
الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن
البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم
يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ
والاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها
نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة
فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات
حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان
وعليه اجماع المسلمين باب ادراك الفريضة ومن صلى ركعة من الظهر
ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم
احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع
مع الامام هو الصحيح لانه محل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان
في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او الجمعة
فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين روي ذلك عن ابي يوسف رح
وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل

فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة
حيث يقطعها لانه محل الرفض ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء
كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي
يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر
ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها اخرى يفوته الجماعة
وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع
في صلوة الامام لكراهة النفل وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب
في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه
ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام
لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع
قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان
قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا بأس بان يخرج لانه اجاب
داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة
عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها
لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي
الفجر ان خشي ان يفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد
ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام
لان ثواب الجماعة افضل والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث
يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح
وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين
وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما بينا ان شاء الله تعالى والتقييد
بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة
والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام

قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا
مطلقا وهو مكروه بعد الصبح **قال** ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة و
وابي يوسف رح وقال محمد رح احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال
لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس
ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب
والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل
ثم انما تقضى تبعا له وهو يصلي بجماعة او وحده الى وقت الزوال
وفيما بعده اختلف المشايخ واما سائر السنن سواها لا تقضى بعد الوقت
وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر
ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رح
قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا
ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه
لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى المسجد
قد صلى فيه فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت
ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه
قيل هذا في غير سنة الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام
في سنة الفجر صلوها وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من
ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه السلام
واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة
والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف
فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى
رفع الامام راسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط

هو المشا

هو المشاركة في افعال الصلوة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع
ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجزيه
لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة
في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت
والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق
وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره
ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو
مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى
مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها
لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت
كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي
عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم
الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث
ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي
عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا
ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات
لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها
كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج
وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير
وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزته التي بدا بها
لانه اذا زاد على يوم وليلة يصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول
وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد

الكثرة وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة
قيل يجوز الوقتية مع ذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا يجوز ويجعل
الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت
حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد
فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة
فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول
الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه
لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل
الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في اخر الوقت وهي مسئلة الترتيب
واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف
وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت
التحريمة ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن
من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا
موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا
وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف
ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة
عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى
العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة
فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر وعندهما يعيد الوتر ايضا
لكونه تبعا للعشاء **باب سجود السهو** يسجد للسهو في الزيادة والنقصان
سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام
لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام

اصل صح

لكل

لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام
فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله سالما ولان سجود السهو مما لا يتكرر
فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية
ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي
بالصلوة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء
موضعه آخر الصلوة **قال** ويلزمه السهو اذا زاد في صلاته فعلا من جنسها
ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب
لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان
واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن ساهيا هذا
هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك
واجب **قال** ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كأنه اراد به فعلا واجبا
الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة **قال** او ترك قراءة
الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات
فانه عليه السلام واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب
ولانها تضاف الى جميع الصلوة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب
ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك
واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر
يلزمه سجدة السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات
واختلفت الروايات في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين
لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن
وما يصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث
آيات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة
قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل

ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم
لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا وان سها المؤتم
لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه
ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر
وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء
ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان
الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك
الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع
الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون
الركعة بمحل الرفض قال والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فترتفض
وسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه
عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان
المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة
واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته
نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة
سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع
الجبهة عند ابي يوسف رح لانه سجود كامل وعند محمد رح برفعه لان تمام
الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف
تظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله
ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة
وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه
بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة
ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام

وهي

وهي واجبة وانما يضم اليها اخرى ليصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة
لا تجزيه لنهيه عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة
عليها بتحريمة مبتداة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج
لا على الوجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى
انسان فيهما يصلي ستا عند محمد لانه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما
ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه
عند محمد رح اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط
بعارض يخص الامام قال ومن صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو
ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط
الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن
يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه
سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان
داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح
هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه
عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام
الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه
وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة
على اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة
بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم
يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا السلام
غير قاطع ونيته تغير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر
اثلثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عليه السلام
اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان يعرض له

لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه

كثيرا اي على اكبر رأيه لقوله عليه السلام من شك في صلوته فليتحر الصواب
وان لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في صلوته
فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا بنى على الاقل وفي الاستقبال بالسلام اولى لانه
عرف محللا دون الكلام ومجرد النية وعند البناء على الاقل يقعد في كل
موضع يتوهم آخر صلوته كيلا يصير تاركا فرض القعدة والله اعلم

باب صلوة المريض واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع
ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان
الطاعة بحسب الطاقة قال وان لم يستطع الركوع والسجود اومى
ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم
مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام
ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك وان فعل
ذلك وهو يخفض رأسه اجزاه لوجود الايماء وان وضع ذلك
على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى
على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله عليه السلام
يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه
يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر منه وان استلقى
على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا من قبل الا ان الاول
اولى عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان اشارة المستلقي
تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه
وبه تتادى الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت
عنه ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر رحمه الله
لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع

ولا قيا

ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين
واختيها وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا يسقط الصلوة وان
كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون
الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود
لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة
لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير
والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض
صلوته قائما وحدث به مرض تممها قاعدا يركع ويسجد او يومي ايماء
ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بنى الادنى على الاعلى فصار
كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته
قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح استقبل بناء
على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء
ثم قدر على الركوع والسجود استانف بالاتفاق لانه لا يجوز اقتداء
الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا بأس
بان يتوكأ على عصى او على حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان
الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره
لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق
وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب النوافل
ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة رح والقيام
افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك
وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام
افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن

لعقله والخلاف في غير المربوط والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه
خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان
والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كامل
لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت
كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير
ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء
كذا ذكره ابو سليمان بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر
ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رح لان التكرار يتحقق به
وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم

باب في سجود التلاوة سجود التلاوة في القران اربعة عشر في اخر
الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل
والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق واقرأ كذا كتب في مصحف
عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا
وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ
للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد
سماع القران او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها السجدة
على من تلاها وهي كلمة الايجاب وهو غير مقيد بالقصد قال
واذا تلا الامام اية السجدة سجدها وسجدها المأموم معه لالتزامه متابعته
واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب
قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع
الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف
الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما عن

الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة
بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت
في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم
في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه
السجدة ليس من افعال الصلوة ويسجدونها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها
في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل واعادوها
لسببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة
وفي النوادر انه تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول
محمد رحمه الله قال فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل
معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك
الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه فههنا اولى وان لم يدخل
معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم
تقض خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص
ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها وسجد اجزأته السجدة
عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى
وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا
قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل
في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى
لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس
واحد اجزأته سجدة واحدة فان قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع
فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى
السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا
اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه

جامعا للمتفرقات فاذا اختلف المكان عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف
بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية
الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح
وفي الدياسة كذلك للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون التالي
يتكرر الوجوب على السامع لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل
مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع
لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه
اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه
ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة
وهي منعدمة قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها ويدع
آية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ آية السجدة
ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد رح واحب الي ان يقرأ قبلها
آية او آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة
ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح
المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة
الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف رح بيومين
واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة
حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رح التقدير
بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح
ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر
ما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد
عليهما وقال الشافعي رح فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم

ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذه آية النافلة بخلاف
الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته
والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد
في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها
قال واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة
تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي
رضي الله عنه لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا قال ولا يزال على حكم السفر
حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى
اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث
فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس
وابن عمر رضي الله عنهم والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية
يشير الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر قال
ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى
بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام باذربيجان ستة اشهر
وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك قال واذا دخل
العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا
فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان ينهزم
فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام
في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر
تصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا
وعند ابي يوسف رح تصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة
قال ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا تصح
والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله

أصلاً فلا يبطلها لانتقال من مرعى الى مرعى قال وان اقتدى المسافر
بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير
بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت قال وان دخل
معه في فائتة لم يجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما
لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة
او القراءة قال وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون
صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي
كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا
والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك
قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان بها اولى قال ويستحب
للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لانه عليه السلام
قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر قال واذا دخل المسافر في مصره اتم
الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه عليه السلام واصحابه كانوا
يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم
جديد قال ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر
ودخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عليه السلام
بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن
الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر
وبالاصلي قال واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر
يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها
في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم
بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضاف
الى مبيته قال ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين

ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في
ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء قال والعاصي
والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي رح سفر المعصية
لا يفيد الرخصة لانها تثبت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا
اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية
ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

ولا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى
لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر
جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام
ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر
مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني
اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية
المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله قال وتجوز بمنى ان كان
الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عندهما وقال محمد لا جمعة
بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم
وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء
وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير
الموسم فيلي امور الحج لا غير قال ولا يجوز اقامتها الا للسلطان
او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة
في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره قال
ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام
اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها
استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام

فصلها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به وردت السنة
قال ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث قال ويخطب
قائما على طهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها
الطهارة كالاذان قال ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز
لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة
قال وان اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر
طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة
وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله
تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان انه قال الحمد لله فارتج
عليه فنزل وصلى قال ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها
واقلهم عنده ثلثة سوى الامام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اثنان سواه
قال والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان المثنى في معنى الاجتماع
وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى
والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم قال فان نفر الناس
قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء استقبل الظهر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه
بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول
انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد
فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رح ان الانعقاد بالشروع في الصلوة
ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست بصلوة فلا بد من دوامها
اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء
النسوان والصبيان لانه لا ينعقد بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة قال
ولا يجب الجمعة على مسافر ولا امراة ولا مريض ولا اعمى ولا عبد لان المسافر

يحرج

يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمراة
بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس
اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام
قال ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيهم لانه
غير فرض عليهم فاشبه الصبي والمراة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا
يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمراة لا تصلح لامامة الرجال
وينعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بالطريق الاولى
قال ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له
كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر رح لا يجزيه لان عنده الجمعة
هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة
على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر
الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه
دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا يتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف
قال فان بدا له ان يحضر الجماعة فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة
بالسعي وقالا لا يبطل ما لم يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه
بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام
وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض
الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها قال
ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل
السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور
قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم
لاستجماع الشرائط قال ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك
وبنى عليه الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا

وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما
وقال محمد ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك
اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط
في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا
للجمعة ويقرا في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه
الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكره محمد لانهما
مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الآخر قال واذا خرج الامام يوم الجمعة
ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل
قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع
هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد
طبعا فاشبه الصلوة قال واذا اذن المؤذنون الاذان الاول
ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا
البيع قال واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر
بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد النبي عليه السلام الا هذا الاذان
ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر
هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول المقصود به وهو الاعلام

باب العيدين

تجب صلوة العيد على من تجب عليه الجمعة وفي الجامع
الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة
ولا يترك واحد منهما قال وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام
عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب سؤاله

هل علي غيرهن فقال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه
بالسنة قال ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى
ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان يطعم في يوم
الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع
فيسن فيه الغسل والطيب كما في يوم الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه
عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد قال ويؤدي
صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر
عند ابي حنيفة رح في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل
في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر
قال ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه السلام لم يفعله مع حرصه على الصلوة
ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام
لم يفعله قال واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال
فاذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي عليه السلام كان يصلي العيد
والشمس على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج
الى المصلى من الغد قال ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى
تكبيرة الافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرا الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع
بها ثم يبتدي في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر رابعة
يركع بها وهذا قول ابن مسعود رض وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنهما
يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرا
وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رضي الله عنهما
لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي
خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين
حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها

تكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية
لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي رحمه الله اخذ بقول
ابن عباس رضي الله عنهما الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت
التكبيرات عنده خمس عشرة او ست عشرة قال ويرفع يديه في تكبيرات
العيدين يريد بها سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف
انه لا يرفع والحجة عليه ما روينا قال ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك
ورد النقل المستفيض يعلم فيهما صدقة الفطر واحكامها لانهما شرعت
لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة
بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال
وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا
تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة
في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة
الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني عند العذر
ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل
حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي عليه السلام كان لا يطعم في يوم
النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام
كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذا نقل ويخطب بعدها خطبتين
لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيهما الاضحية وتكبير التشريق لانه
مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع
من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك
لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فيتقيد بايامها لكنه مسيء في التأخير
بغير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء

وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة
لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر
المناسك **فصل** في تكبيرات التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة
الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يختم عقيب العصر من آخر ايام التشريق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله
عليهم فأخذا بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات
وأخذ بقول ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير
ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله
الحمد وهذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه قال وهو عقيب الصلوات
المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة
وليس على جماعة النساء اذا لم يكن معهن رجل عند ابي حنيفة وقالا هو
على كل من صلى المكتوبة لانه تبع المكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق
التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع
ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين
بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب
صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رحمه الله دل ان الامام
وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة
فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب **باب صلوة الكسوف** اذا انكسفت
الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد
وقال الشافعي رح ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية
ابن عمر رضي الله عنهما والحال انكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته
ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجهر وعن محمد رحمه الله
مثل قول ابي حنيفة رح اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان

لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما
طول الآخر اما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها ان النبي
عليه السلام جهر فيها ولابي حنيفة رح رواية ابن عباس رضي الله عنهما وسمرة
رض والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها
حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلام اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا
الى الله بالدعاء والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي
بهم امام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا
عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف
الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم شيئا
من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة
لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء
صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء
الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا
الاية ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا
يصلي الامام ركعتين لما روي ان النبي عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد
رواه ابن عباس رضي الله عنهما قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن
سنة بهذا القدر وقد ذكر في الاصل قول محمد رح ويجهر فيهما بالقراءة
اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عليه السلام خطب
ثم هي كخطبة العيد عند محمد رح وعند ابي يوسف رح خطبة واحدة ولا خطبة
عند ابي حنيفة رحمه الله لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء
لما روي ان النبي عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه
لما روينا قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح واما عند ابي حنيفة رح لا يقلب
رداءه لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب

القوم

القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة
الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

واذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة
خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت
هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين
وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى
وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا
وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم
مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رض ان النبي عليه السلام
صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا
فهو محجوج عليه بما روينا قال وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى
ركعتين وبالطائفة الاخرى ركعتين لان النبي عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين
ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالاخرى ركعة واحدة
لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق
ولا يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لان النبي عليه السلام
شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال
لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى الى اي جهة شاؤوا
يومون بالركوع والسجود اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى
فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون
بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

قال
واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع
في القبر لانه اشرف عليه الموت والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر
والاول هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة

ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب الموت فاذا مات شد لحياه وغمض
عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في غسل الميت

واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته
خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا
ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة واستنشاق لان
الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء عنه متعذر فيتركان
ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه
من تعظيم الميت واما الوتر لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر
ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء
القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف
ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل
الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء
قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية بالميامن ثم
يجلسه ويسنده ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن
فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل
عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل اكفانه ويجعله
اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده
لان التطييب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر
الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها
علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها
وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة ان يكفن الرجل في ثلاثة اثواب ازار وقميص
ولفافة لما روي ان النبي عليه السلام كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية

ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز
والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا
ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن
الى القدم وكذلك اللفافة والقميص من اصل العنق فان ارادوا لف
الكفن ابتدأوا بجانبه الايسر فلفوه ثم الايمن كما في حالة الحيوة وبسطه
ان يبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على
الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة
كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المراة
في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها
لحديث ام عطية رضي الله عنها ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن
ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات
وهذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلاثة اثواب جاز وهي ثوبان
وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار
على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله عنه
حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المراة
الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار
فوق ذلك تحت اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا
لانه عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا
عنه صلوا عليه لانها فريضة

فصل في الصلوة على الميت

واولى
الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان
لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم
امام الحي لانه رضيه في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء على الترتيب
المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي

يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي
بعده لان الفرض يتأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا
الناس تركوا عن آخرهم الصلوة على قبر النبي عليه السلام وهو اليوم
كما وضع وان دفن الميت ولم يصل عليه صلى على قبره لانه عليه السلام
صلى على قبر امراة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك
اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والمكان والزمان والصلوة
ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم
ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم
لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام
خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر رحمه الله لانه منسوخ لما روينا وينتظر
تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار
للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر
للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله
لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر
اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما
ان كل تكبيرة قائم مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو
منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق
لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر
لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة
الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة رح انه يقوم من الرجل بحذاء راسه
ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو
السنة قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم

فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان
لا يجزيهم لانه صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا
ولا باس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله
بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم
بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام
من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات
ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلف المشايخ
رحمهم الله ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلام
اذا استهل المولود صلي عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال
دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة
كرامة لبني ادم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية
لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات
لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه
استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب
معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط
وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي
رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف
في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع
بل يلقى

فصل في حمل الميت

واذا حملوا الميت على سريره اخذوا
بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام
والصيانة وقال الشافعي رحمه الله السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق
على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه
هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب

لانه عليه السلام سئل عنه فقال ما دون الخبب فاذا بلغوا الى قبره يكره
ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون
والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك
ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا
للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل في الدفن** ويحفر القبر ويلحد
لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة
خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه السلام
سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه
واضطربت الرواية في ادخال النبي عليه السلام فاذا وضع في لحده
يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قاله عليه السلام
حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى
اللبن عليه لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المراة بثوب
حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى
حال الرجل على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء
والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب
وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره
طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع
لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه السلام
اخبر انه مسنم **باب الشهيد** الشهيد من قتله المشركون او وجد
في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن
ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم
زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو

طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر
الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين
ونحوه والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب
فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته
والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي
عليه السلام والصبي ومن قتله اهل الحرب واهل البغي او قطاع الطريق
فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح
واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يغسل لان ما وجب
بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة رحمه الله
ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة
رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض
والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا
الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى
عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن
في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا
وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست
من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث
غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك
يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب
او ينام او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء
احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة
الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة
ولو آواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بيناه ولو بقي حيا حتى مضى وقت

الصلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته
وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا مروي عن ابي يوسف
ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف رحمه الله
لانه ارتفاق وعند محمد رحمه الله لا يكون لانه من احكام الاموات
ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر
الظلم الا اذا عرف انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو
عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى
ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه
وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل
من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل
على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة
فرضها ونفلها خلافا للشافعي رحمه الله فيهما ولمالك رحمه الله في الفرض
لانه عليه السلام صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت
شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط
فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه
الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسئلة التحري ومن جعل
منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام
في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام
فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن
في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب
ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله لان الكعبة
هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه

لو صلى

لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك
التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم تسليما كثيرا الى يوم

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال
عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوة ولقوله عليه السلام ادوا
زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة
فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام
لان الزكوة عبادة ولا تتحقق من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب
لانه عليه السلام قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها
النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول
عليه الحول ولانه المتمكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة
والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة
على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء
ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون
زكوة خلافا للشافعي رح فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن
كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتادى
الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف
الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى
العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر
في الصوم وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي
والعارضي وعن ابي حنيفة رح انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة
بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك
من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده

ومن كان عليه دين محيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رح تجب
لتحقق السبب وهو ملك نصاب كامل نام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية
فاعتبر معدوما كالماء المستحق للعطش وثياب المهنة وان كان ماله اكثر
من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا بالفراغة عن الحاجة والمراد دين له مطالب
من العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال
بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر
رح فيهما ولابي يوسف رح في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام
في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه قال وليس في دور
السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة
وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية
ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها وآلات المحترفين لما قلنا ومن له
على آخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت
له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة المال الضمار وفيه خلاف زفر
والشافعي رحمهما الله ومن جملته المال المفقود والآبق والمغصوب اذا لم يكن
عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه
والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق
والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات
اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة
في المال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة
على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون
في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف
المشايخ رحمهم الله ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان
الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة

او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رح
لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رح لا تجب لتحقق الافلاس
عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رح
في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة
فنواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك
التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون
في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير
المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى
شيئا فنواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا
ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح
او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رح
لاقترانها بالعمل وعند محمد رح لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة
وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء
او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها
النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها
حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي
الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه
فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد
لان الواجب شائع في الكل وعند ابي يوسف رح لا يسقط لان البعض
غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة
فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا
كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة

ففيها ثلاث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه
الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي
التي طعنت في الثانية الى خمس وثلاثين فاذا كانت ستا وثلاثين
ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت
ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين
فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة
الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين
فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا
اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت
على مائة وعشرين تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين
وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع
شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين
فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس
شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين
اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلاثين
بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق
الى مائتين ثم تستأنف الفريضة ابدا كما تستأنف في الخمسين التي
بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت
على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت
مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات
والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي
انه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل
خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها

ولنا انه عليه السلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه
فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت
والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلاثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلاثين سائمة
وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي
اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله
عليه السلام معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة
بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح ففي الواحدة الزائدة ربع عشر
مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو
ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا شيء
في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث
تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل
عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه
لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين الاربعين الى ستين
قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان
وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة
اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر
من تبيع الى مسنة لقوله عليه السلام في كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة
وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما
اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته
فلذلك لا يحنث في يمينه لا يأكل لحم بقر

فصل في الغنم

ليس في اقل
من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة

وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة
ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت
اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان
في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر رضي الله عنه
وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظ الغنم شامل
للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني
منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رحمه الله
وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثني
ولانه تتأدى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رضي
الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا
ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيه
الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روى
الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان
اسم الشاة ينتظمها وقد قال عليه السلام في اربعين شاة شاة

فصل في الخيل اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها
بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى
من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو
قول زفر رح وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم
في عبده ولا فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس
سائمة دينار او عشرة دراهم وتأويل ما روياه فرس الغازي
هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين الدينار
والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة
زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية

وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه
انها تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام
لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون للتجارة لان
الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا آخر
اقواله وهو قول محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان
وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول
ابي يوسف والشافعي رح وجه قوله الاول ان الاسم المذكور ينتظم
الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب
في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس
فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها
واحدة من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تأديتها الزكوة حتى لو هلك المسان بعد حولان الحول سقطت الزكوة
عن الكل عند ابي حنيفة رح ومحمد لان وجوب الزكوة يتعلق بالمسان
وقد فات ثم عند ابي يوسف رح لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان
وفيما دون الثلثين من العجاجيل وتجب في خمس وعشرين من الفصلان
واحدة منها ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثنى الواجب
ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثلث الواجب ولا تجب
فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل
وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل
في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة
خمسي فصيل على هذا الاعتبار **قال** ومن وجب عليه سن فلم يوجد اخذ
المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا مبني

على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى
الا ان في الوجه الاول له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب
او بقيمته لانه شرى وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو
اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارات
وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء
الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة
وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو
لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول
وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رح له ظواهر النصوص
ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل والعوامل والعلوفة ولا في البقر
المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد
للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى
ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول
او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للكثير ولا يأخذ المصدق
خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا
من حزرات اموال الناس اي من كرائمها وخذوا من حواشي
اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين **قال** ومن كان
له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه
به وقال الشافعي رح لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف
الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل
ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها
يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير

قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو
وقال محمد وزفر رحمهما الله فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل
الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره لمحمد
ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام
في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا
قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب
فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة
يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي
الى الاول لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند
ابي يوسف يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شائعا واذا اخذ الخوارج
الخراج وصدقة السوائم لا يثني عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية
وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة
والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع
التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات
فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء
وعلى المراة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين
ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب
الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي رح يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء
لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار
كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير
فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه
المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن
لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط

بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب
جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه
خلاف مالك رح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب
اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر رح لان النصاب الاول
هو الاصل في السببية والزايد عليه تابع له **باب زكوة المال**
فصل في الفضة ليس فيما دون مايتي درهم صدقة لقوله عليه السلام
ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما
فاذا كانت مايتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام
كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مايتي درهم خمسة دراهم ومن
كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال **قال** ولا شئ في الزيادة
حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه ما زاد على المايتين فزكاته بحسابها
وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه
وما زاد على المايتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال
واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم
تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام في حديث معاذ
رضي الله عنه لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم
ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مرفوع وفي ايجاب
الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو
ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير
في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب
على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب الغش
فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو

عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة
وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى
الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في ساير العروض
الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة
القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب** ليس فيما دون عشرين
مثقالا من ذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها
نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب
ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما
دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رح وعندهما تجب بحساب
ذلك وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع
فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما **قال** وفي تبر الذهب
والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي رح لا تجب
في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه
ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو
الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب
فصل في العروض الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة
ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله
عليه السلام فيها يقومها فيؤدي من كل مايتي درهم خمسة دراهم
ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع
وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع
للمساكين احتياطا لحق الفقراء **قال** رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة
وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء

وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية
وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد انه يقومها
بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان
النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة
لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق
الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء
وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار
التجارة وان افترقت جهة الاعداد وتضم الذهب الى الفضة
للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان
له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة
عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى
لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم
للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر
او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ
الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين
كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال
اديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر
لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك
السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء
في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله

تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل
الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف
وقال الشافعي يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ
للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة
هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا
وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج
البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رح لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط
يشبه الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي
لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف
ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان
الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره
بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانه تبتنى عليه فانعدمت
صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من المسلم
ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه
سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون
منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ
زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب
الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل
عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم
كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر
فان علم انهم يأخذون منا ربع عشر او نصف عشر نأخذ بقدره وان كانوا
يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ

ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر
الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول عليه الحول
لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان
حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام
الا حولا والاخذ بعده لا يستأصل المال وان عشره فرجع الى دار الحرب
ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ
بعده لا يفضي الى الاستيصال قال وان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون
الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي رح لا يعشرهما لانه
لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال
ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر وان مر
بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على ظاهر
الرواية ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي
ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ
للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه
بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب
بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم
ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى
وقد حال عليها الحول لم يزك المائة التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل
تحت حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون باداء
زكوته قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن
التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر
في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة

الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له
ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره قال ابو يوسف رح
لا ادري ان ابا حنيفة رح رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار
كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة
على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة
حتى يرجع بالعهدة فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضاربة
رجوعا منه في العبد وان كان معه مولاه يؤخذ منه لان الملك له
الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن
مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثني عليه الصدقة
معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه

باب في المعادن والركاز

قال معدن ذهب او فضة او رصاص او حديد
او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا
او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول
للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز فيطلق
على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة
فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد
الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية فللواجد
فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق اربعة الاخماس حتى
كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رح فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء
الارض مركب فيه ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء

لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة
روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار
ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض
دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس
عندهم لما روينا واسم الركاز يطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات
ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة
فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعه وان كان على ضرب اهل
الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده
في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم
به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف
لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت
يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر
كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه
مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف
المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه
الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا
في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد
في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد
صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد
على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر
وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس
في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة رح آخرا خلافا لابي يوسف

ولا خمس

ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح فيهما
وفي كل حلية تخرج من البحر الخمس لان عمر اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان
ذهبا او فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما دسره البحر وبه نقول متاع
وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة
بمنزلة الذهب والفضة **باب زكوة الزروع والثمار** قال ابو حنيفة
رح في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء
الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ
خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس
في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط
البقاء لهما في الاول قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة
ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه ليتحقق الغنا ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام
ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة
لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر
بالملك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضروات صدقة
والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة ياخذها
العاشر وبه اخذ ابو حنيفة رح فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى
والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب
والحشيش فلا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة
او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي
اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال
الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما **قال**
وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه

وتقل فيما يسقى بماء السماء او سيحا وان سقى سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر
السنة كما مر في السائمة قال ابو يوسف رح فيما لا يوسق كالزعفران
والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما
يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت
قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رح يجب العشر اذا بلغ الخارج
خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال
كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير بالوسق
كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر
وقال الشافعي رح لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم
ولنا قوله عليه السلام في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار
والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منها بخلاف دود القز لانه يتناول
الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة رح يجب فيه العشر قل او كثر لانه
لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف رح انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه
انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة كانوا يودون
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد رح خمسة
افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا
في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار فيه العشر وعن ابي يوسف رح
انه لا يجب لانعدام السبب وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود
حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر
لا يحتسب فيه اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت
الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر عليه العشر
مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم وعن محمد رح
ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده

لا تتغير

لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز
التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه
مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة رح سواء كان التضعيف اصليا
او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها
كالخراج وقال ابو يوسف رح يعود الى عشر واحد لزوال الداعي
الى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد رح فيما صح عنه قال
اختلف النسخ في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة رح في بقاء التضعيف
الا ان قوله لا يتاتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده
لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد
به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة رح لانه اليق
بحال الكافر وعند ابي يوسف رح العشر مضاعفا ويصرف مصارف
الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد رحمه الله
هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية
يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها
منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية
كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها منه واما
الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان
حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم
دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر اما اذا
كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء
وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا
وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر
اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما

يجب العشر في الماء العشري الا ان محمدا رحمه الله يأخذ عشرا واحدا وعند ابي يوسف
عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار
التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم
وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رح لانه لا يحميها
احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف رح لانه يتخذ عليها القناطر من السفن
وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي
العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد
جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة
اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف العشر اذا كانا منهم قال وليس
في عين القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض
وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا
اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية وهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها
المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك
انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا
مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان
او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل
يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر
بالثمن خلافا للشافعي رح لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا
يأخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل
الهاشمي تنزيها لقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ والغني
لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب

يعان

يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه
دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي رح من تحمل غرامة
في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله
منقطع الغزاة عند ابي يوسف رح لانه هو المتفاهم عند الاطلاق
وعند محمد رح منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله
فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء
الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال
في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه قال فهذه جهات الزكوة فللمالك
ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة
بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا
لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة
الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا
اليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز ان يدفع
الزكوة الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم
وردها في فقرائهم ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي
رح لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف رح اعتبارا بالزكوة ولنا قوله
عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ رضي الله عنه
لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك
وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك
منه لا سيما من الميت ولا تشترى بها رقبة يعتق خلافا لمالك رح
ذهب اليه في تأويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق
اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى غني لقوله عليه السلام لا تحل

الصدقة لغني وهو باطل فهو حجة على الشافعي رح في غني الغزاة وكذا حديث
معاذ رضي الله عنه على ما رويناه قال ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده
وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم
متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع
عادة ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا تدفع
اليه لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة
ابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة
قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب
المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد
قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رح لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع
اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع
لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما
اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كان نفقته عليه
وبخلاف امرأة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنيا بيسار الزوج
وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عليه السلام
يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء
يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع بمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل
علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب
رضي الله عنهم ومواليهم اما هؤلاء فانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف
ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلى
الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق
القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس

والالحاق

والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رح اذا دفع
الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة
فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رح عليه الاعادة
لظهور خطائه بيقين مع امكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني
والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه يا يزيد
لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقة ولان
الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع
عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة رح في غير الغني انه لا يجزيه
والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف اما اذا شك
فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم
انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه
لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع
الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به
والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب
ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير
والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم
على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم
فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر رح لا يجوز لان الغنى قارن الاداء
فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى
منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان يغني به انسانا احب الي معناه
الاغناء عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من
بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا من حديث معاذ رضي الله عنه
وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج

من ابل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم
اجزأه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص **باب**
صدقة الفطر صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار
النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده
اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير
نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير
العدوي وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك
والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن
ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رح في قوله يجب على من يملك زيادة على قوت
يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى في الشرع
فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق
بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النماء ويتعلق بهذا النصاب حرمان
الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة **قال** يخرج ذلك عن نفسه لحديث
ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر
على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب راس
يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكوة الراس وهي امارة السببية
والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الراس
مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه
فيلحق به ما هو بمعناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه
لقيام الولاية والمونة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان
لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا
لمحمد رح لان الشرع اجراه مجرى المونة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته
لقصور الولاية والمونة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها

في غير

في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله
لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزأه استحسانا
لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب
عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما
ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده وجوبها
على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى
بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد
منهما لقصور الولاية والمونة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين
عند ابي حنيفة رح وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون
الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل
هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما
ويؤدي المسلم صدقة الفطر عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا
ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن
كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب
قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رح لان الوجوب
عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب
بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له
معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار
لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة
ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز
يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة
لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف
فصل في مقدار الواجب ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق

او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رح والاول رواية الجامع
الصغير وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه
قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب
جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة
تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان
في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا
يظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ
من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة
احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب
اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من
بر وزنا فيما روي عن ابي حنيفة رح وعن محمد رح انه يعتبر كيلا والدقيق
اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما روي عن ابي يوسف
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش
تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي
والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رح ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف
خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا
اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد
رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه
وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب
الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس
في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب
فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى هذا من مات فيها من مماليكه او ولده



له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص
للفطر باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر
قبل الخروج الى المصلى لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر
بالاغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان
قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة
ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط
وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء
فيها بخلاف الاضحية

كتاب الصوم

الصوم ضربان
واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم
رمضان والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح
اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم ان صوم
رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع
ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم
وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم
سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه
وتفسيره ان شاء الله تعالى ووجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام
لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول
لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجز عنده
ولنا قوله عليه السلام بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل
فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي
الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم صوم
فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة بالاكثر
كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى

فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لانهما اركان فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل بخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رح لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الشافعي رح في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رح لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رح اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رح فانه يتمسك باطلاق ما رويناه ولنا قوله

لا الى وقت الزوال

بو

بعد ما كان يصبح غير صائم اي اذا الصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رح يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في التاسع والعشرين من شعبان فان رأوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه هو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه هو ترك الاجابة يلزم كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي

التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على
سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم
يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه
قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع
وكذا اذا صام ثلاثة من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل
الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي
وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه
اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار
نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا
ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا
الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد
غدا غداء يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية
بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان
فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر
انه من رمضان اجزأه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان
لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية
لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا
وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان
من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان
اجزأه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى
باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته
من وجه قال ومن رأى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل
الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان افطر

فعليه

فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رح عليه الكفارة ان افطر
بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه
ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث
شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد
الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر
الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير
الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال رض
واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال
رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار
ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق
في الديانات غير مقبول وتأويل قول الطحاوي عدلا او غير عدل ان يكون
مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب
يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر ديني
وعن ابي حنيفة رح انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي
في احدى قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام
قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة
الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون
ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان
لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة
القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم
بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف
فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم

من موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن
ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن
ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه يقبل شهادة الواحد اذا جاء
من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان
وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن رأى هلال الفطر وحده
لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء
علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لانه تعلق
به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر في هذا
في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة رح انه كهلال
رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي
وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا
ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر
الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد
الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا
مع النية في الشرع لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال
الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة عن العادة واختص بالنهار
لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف
العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق
الاداء في حق النساء **باب ما يوجب القضاء والكفارة** قال رض
واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر
وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة
وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك

فانما

فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في حق الاكل والشرب ثبت في الوقاع
للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان
ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل
ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رح فانه يعتبره بالناسي
ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل
من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء
الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن الصائم
القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال
عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة بشهوة فامنى لما بينا وصار
كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر
لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس
بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام
لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به
اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة
لان الحكم هناك ادير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى
ولو انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى
الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا
اما الكفارة تفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود
ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره اذا
لم يأمن لان عينه ليس بمفطر وانما يصير فطرا بالعاقبة فان امن يعتبر عينه
وابيح له وان لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي اطلق فيه
في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية
وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانه قلما تخلو عن الفتنة ولو دخل

حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول
المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة ووجه الاستحسان
انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا
في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا آواه
خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر
وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه
بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير
لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل
وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد
ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها
ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة
عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف رح وعند زفر رح عليه الكفارة
ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع وان ذرعه القيء
لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه
القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم
فسد عند ابي يوسف رح لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل
وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا
معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود
الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء
الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال
وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف رح لعدم الخروج وعند محمد رح
يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عامدا ملء فيه
فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة

وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رح لاطلاق الحديث وعند
ابي يوسف رح لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم
سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه
بملء الفم لكثرة الصنع قال ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة
الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه
القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط
الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه
وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب الكفارة بالجماع في الموضع
المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه يجب لان الجناية متكاملة
لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل
خلافا للشافعي رح لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى
ولم يوجد ثم عندنا كما يجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة
وقال الشافعي رح في قول لا يجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي
محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام
من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث
ولان السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل
لانها عبادة او عقوبة فلا يجري فيها التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به
او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي رح لا كفارة عليه
لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان
على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة
غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا
ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت

فقال واقعت امراتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق
رقبة فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال هل
جاءني ما جاءني الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد
فامر النبي عليه السلام ان يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر
صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي المدينة احد احوج
مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك
وهو حجة على الشافعي رح في قوله يتخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك رح
في نفي التتابع بالنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضاء
لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة ومن افسد
صوم غير رمضان فلا كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية
فلا يلحق به غيره ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام
الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف
ولا كفارة لانعدامه صورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد
صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن ولو داوى
جائفة او امة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة رحمه الله
والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام
المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة
الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فتزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف
بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر
في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد
مضطرب فكانه عند ابي يوسف وقع ان بينه وبين الجوف منفذا
ولهذا يخرج البول منه ووقع عند ابي حنيفة رح ان المثانة بينهما حائل
والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا

بعرق

بفمه

بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض
الصوم على الفساد ويكره للمراة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه
بد لما بينا ولا باس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا ترى ان لها ان تفطر
اذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه
وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود
يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض
الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمراة اذا لم تكن صائمة
لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة
وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا باس بالكحل ودهن الشارب
لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عليه السلام
الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا باس بالاكتحال للرجال
اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحب دهن الشارب اذا لم يكن
من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت
بقدر المسنون وهو القبضة ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي
لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي
يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد
قلنا هو اثر العبادة واللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر
الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر
وقضى وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو
كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي
الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه
افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا

بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال
الشافعي الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر
ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه
محمول على حالة الجهد واذا مات المريض او المسافر وهما على حالهما
لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض
واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك
بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي
فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وليس بصحيح
انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب
في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر
ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق
النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره
حتى دخل رمضان آخر صام رمضان الثاني لانه في وقته وقضى الاول
بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي
حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما
او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار
بعذر ولا فدية خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره
بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني وفطر
بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب
عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم
لكل يوم مسكينا كما في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين
يطيقونه فدية معناه قيل لا يطيقونه ولو قدر على الصوم بطل حكم
الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان

فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا
من شعير او تمر لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد
من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون
العباد اذ كل ذلك حق مالي يجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه
من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع
ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ وكل
صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام
لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع
او في صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي له انه تبرع بالمؤدى
ولا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي
عن الابطال واذا وجب المضي يجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح
الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة
عذر لقوله عليه السلام افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم
الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه
ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده
لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب
وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت
الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية معدومة عنده وعن
ابي يوسف انه اذا زال الكفر او الصبا قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك
وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب
منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون
الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل للتطوع ايضا والصبي اهل له
واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه

لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان
في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى
انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب
الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة
لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث
فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر
وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه
كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رح لا يقضي ما بعده لان صوم
رمضان عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية
لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان
هذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه
نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط
ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رح هو يعتبره بالاغماء
ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج
والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج فان افاق المجنون في بعضه قضى
ما مضى خلافا لزفر رح والشافعي رح هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام
الاهلية والقضاء مرتب عليه فصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد
وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا
على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء
فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي
قيل هذا ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا
التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار
بعض المتاخرين ومن لم ينو في رمضان كله صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه

وقال

وقال زفر رح يتادى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك
مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير
ولنا ان المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب
وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى بغير النية
عنده وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة
لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة رحمه الله
ان الكفارة تتعلق بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية
واذا حاضت المراة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها
تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض
في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي رح لا يجب الامساك
وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم
هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر
متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت لا خلفا لانه وقت
معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال
قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال
واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى
ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت
بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض
والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال
عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني
وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور
بركة والمستحب تاخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار

وتأخير السحور والسواك إلا أنه إذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين الأفضل
أن يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو أكل فصومه تام لأن الأصل
هو الليل وعن أبي حنيفة رح إذا كان في موضع لا يستبين الفجر أو كانت
الليلة مقمرة أو متغيمة أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو أكل فقد أساء
لقوله عليه السلام دع ما يريبك إلى ما لا يريبك وإن كان أكبر رأيه أنه أكل
والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر
الرواية لا قضاء عليه لأن اليقين لا يزال إلا بمثله ولو ظهر أن الفجر طالع
لا كفارة عليه لأنه بنى الأمر على الأصل فلا تتحقق العمدية ولو شك في غروب
الشمس لا يحل له الفطر لأن الأصل هو النهار ولو أكل فعليه القضاء عملا بالأصل
وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لأن النهار
هو الأصل ولو كان شاكا فيه وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة
نظرا إلى ما هو الأصل وهو النهار ومن أكل في رمضان ناسيا وظن
أن ذلك فطره فأكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة لأن الاشتباه
استند إلى القياس فتتحقق الشبهة وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية
عن أبي حنيفة رح وعنه أنها تجب وكذا عنهما لأنه لا اشتباه فلا شبهة
وجه الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا تنتفي بالعلم كوطء
جارية ابنه ولو احتجم فظن أن ذلك يفطره ثم أكل متعمدا بعد ذلك
فعليه القضاء والكفارة لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي إلا إذا أفتاه
فقيه بالفساد لأن الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده
فكذلك عند محمد لأن قول الرسول عليه السلام لا ينزل عن قول المفتي
وعن أبي يوسف رح خلاف ذلك لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء
لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث وإن عرف تأويله تجب الكفارة
لانتفاء الشبهة وقول الأوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس

ولو أكل

ولو أكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان لأن الفطر
يخالف القياس والحديث مؤول بالإجماع وإذا جومعت النائمة أو المجنونة
وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رح لا قضاء
عليهما اعتبارا بالناسي والعذر ههنا أبلغ لعدم القصد ولنا أن النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل

فيما يوجبه على نفسه وإذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى فهذا
النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان إنه نذر بما هو معصية
لورود النهي عن صوم هذه الأيام ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره
وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية
المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه
أداه كما التزمه وإن نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني إذا أفطره وهذه المسألة
على وجوه ستة إن لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر
ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا لأنه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته
وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا لأن اليمين محتمل
كلامه وقد عينه ونفى غيره وإن نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد
وعند أبي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون
يمينا لأبي يوسف رح أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف
الأول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما
تترجح الحقيقة ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب
إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين
كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي
صوم هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها
لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام وكذا إذا لم يعين لكنه شرط التتابع

لان المتابعة لا تعرى عنها لكن تقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع
بقدر الامكان. ويتاتى في هذا خلاف زفر والشافعي رح للنهي عن الصوم
فيها. وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام
اكل وشرب وبعال. وكذا يتاتى الوجه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع
لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى
ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان
فيكون الاداء بالوصف الملتزم. **قال** وعليه كفارة يمين ان اراد به يمينا
وقد سبقت وجوهه. ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه
وعن ابي يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم
كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق
لابي حنيفة رح وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى
صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله
فلا تجب صيانته ووجوب القضاء ينبني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس
النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة
ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة المؤدى فيكون
مضمونا بالقضاء. وعن ابي حنيفة رح انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة
ايضا والاظهر هو الاول.

باب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام واظب عليه
في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث
في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف. اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه
فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رح
والنية شرط في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل
بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم

والقياس

والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول. ثم الصوم شرط لصحة
الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية
الاصل وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل
على المساهلة الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام
ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن
القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم
ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف
الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رح لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس
لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه. اما المراة تعتكف في مسجد
بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه. ولا يخرج من المسجد الا لحاجة
الانسان او الجمعة. اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي
عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد
من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه
من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها. واما الجمعة فلانها من اهم
حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه يمكنه
الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح
الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس
لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت
يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان
تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة
وسنتها توابع لها فالتحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك
لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه

في مسجد واحد فلا يتمه في موضعين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة
بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا
لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة
قال واما الاكل والشرب فيكون في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن يخرج
ماوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج
ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه يحتاج
المعتكف الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار
السلعة للبيع والشرى لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها
ويكره لغير المعتكف البيع والشرى فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم
صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت
لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتجنب ما يكون ماثما
ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون
في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما
في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه
فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف
بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان
ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه
لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان
محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم ومن اوجب
على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل
الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها
وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع
لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي

غير قابلة للصوم فيجب الحمل على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى
الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه
اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف رح لا تدخل الليلة
الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة الاتصال وجه
الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد
والراحلة فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين
عوده وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة
ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
الاية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له الحج
في كل عام او مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه
البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور
عند ابي يوسف رح وعن ابي حنيفة رح ما يدل عليه وعند محمد والشافعي
رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة
وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر
فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان
الموت في مثله نادر واما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام
ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر حجج
ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة
عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان
العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا
وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة

وأما المقعد فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب لأنه مستطيع بغيره فأشبه
المستطيع بالراحلة وعن محمد رح أنه لا يجب لأنه غير قادر على الأداء بنفسه
بخلاف الأعمى لأنه لو هدي يؤدي بنفسه فأشبه الضال عنه ولا بد من القدرة
على الزاد والراحلة وهو ما يكترى به شق محمل أو رأس زاملة وقدر النفقة ذاهبا
وجائيا لأنه عليه السلام سئل عن السبيل إليه فقال الزاد والراحلة وإن
أمكنه أن يكتري عقبة فلا شيء عليه لأنهما إذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع
السفر ويشترط أن يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم
وأثاث البيت وثيابه لأن هذه الأشياء مشغولة بالحاجة الأصلية
ويشترط أن يكون فاضلا عن نفقة عياله إلى حين عوده لأن النفقة حق مستحق
للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره وليس من شرط الوجوب
على أهل مكة ومن حولهم الراحلة لأنه لا يلحقهم مشقة زائدة في الأداء فأشبه
السعي إلى الجمعة ولا بد من أمن الطريق لأن الاستطاعة لا تثبت دونه
ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الإيصاء وهو مروي عن
أبي حنيفة رح وقيل شرط الأداء دون الوجوب لأنه عليه السلام فسر
الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير قال ويعتبر في المرأة أن يكون
لها محرم تحج به أو زوج ولا يجوز لها أن تحج بغيرهما إذا كان بينها
وبين مكة ثلاثة أيام وقال الشافعي يجوز لها الحج إذا خرجت في رفقة
ومعها نساء ثقات لحصول الأمن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام
لا تحجن امرأة إلا ومعها محرم ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة
وتزداد بانضمام غيرها إليها ولهذا يحرم الخلوة بالأجنبية وإن كان
معها غيرها بخلاف ما إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام لأنه
يباح لها الخروج إلى ما دون السفر بغير المحرم وإذا وجدت محرما
لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له أن يمنعها لأن في الخروج تفويت

حقه ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان
الحج نفلا له أن يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لأن المقصود
لا يحصل به ولها أن تخرج مع كل محرم إلا أن يكون مجوسيا لأنه يعتقد إباحة
مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لأنه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية
التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم
ونفقة المحرم عليها لأنها تتوسل به إلى أداء الحج واختلفوا أن المحرم شرط
الوجوب أو شرط الأداء على حسب اختلافهم في أمن الطريق وإذا بلغ
الصبي بعدما أحرم أو عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الإسلام لأن
إحرامهما انعقد لأداء النفل فلا ينقلب لأداء الفرض ولو جدد الصبي
الإحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز والعبد لو فعل ذلك
لم يجز لأن إحرام الصبي غير لازم لعدم الأهلية أما إحرام العبد فلازم
فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي
لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرما خمسة لأهل المدينة ذو الحليفة ولأهل
العراق ذات عرق ولأهل الشام جحفة ولأهل النجد قرن ولأهل
اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء
وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الإحرام عنها لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق
ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة
أو لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز أحد الميقات إلا محرما ولأن
وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر
وغيرهما ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته
لأنه يكثر دخوله مكة وفي إيجاب الإحرام في كل مرة حرج بين فصار
كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير إحرام بخلاف ما
إذا قصد أداء النسك لأنه يتحقق أحيانا فلا حرج فإن قدم الإحرام

على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وإتمامهما
أن يحرم بهما من دويرة أهلك كذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما
والأفضل التقديم عليها لأن إتمام الحج مفسر به والمشقة فيه أكثر
والتعظيم أوفر وعن أبي حنيفة رحمه الله إنما يكون أفضل إذا كان يملك نفسه
أن لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه
الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله
وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج
الحرم وفي العمرة الحل لأنه عليه السلام أمر أصحابه رضي الله عنهم أن يحرموا
بالحج من جوف مكة وأمر أخا عائشة رضي الله عنها أن يعمرها من التنعيم
وهي في الحل ولأن أداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الإحرام من الحرم
ليتحقق نوع سفر وأداء العمرة في الحرم فيكون الإحرام من الحل لهذا
إلا أن التنعيم أفضل لورود الأثر

باب الإحرام

وإذا أراد
الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روي أنه عليه السلام اغتسل
لإحرامه إلا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وإن لم يقع فرضاً عنها
فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة
فيه أتم ولأنه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين
أو غسيلين إزاراً ورداء لأنه عليه السلام ائتزر وارتدى عند إحرامه
ولأنه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد
وذلك فيما عيناه والجديد أفضل لأنه أقرب إلى الطهارة قال ومس
طيباً إن كان له وعن محمد أنه يكره إذا تطيب بما تبقى عينه بعد الإحرام
وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لأنه منتفع بالطيب بعد الإحرام
ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت أطيب
رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم والممنوع عنه التطيب

بعد الإحرام

بعد الإحرام والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لأنه مباين عنه
قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين
عند إحرامه قال وقال اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني لأن أداءها
في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير
وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لأن مدتها يسيرة وأداؤها عادة
متيسر قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي أن النبي عليه السلام لبى في دبر
صلاته وإن لبى بعدما استوت به راحلته جاز ولكن الأول أفضل
لما روينا وإن كان مفرداً بالحج ينوي بتلبيته الحج لأنه عبادة والأعمال
بالنيات والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك
إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله إن الحمد بكسر الألف
لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء إذ الفتحة صفة الأولى وهو إجابة لدعاء
الخليل صلوات الله على نبينا وعليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي أن يخل
بشيء من هذه الكلمات لأنه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها
جاز خلافاً للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالأذان والتشهد من حيث
إنه ذكر منظوم ولنا أن أجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة
رضي الله عنهم زادوا على المأثور ولأن المقصود الثناء وإظهار العبودية
فلا يمنع من الزيادة عليه قال وإذا لبى فقد أحرم يعني إذا نوى لأن
العبادة لا تتأدى إلا بالنية إلا أنه لم يذكرها لتقدم الإشارة
إليها في قوله اللهم إني أريد الحج ولا يصير شارعاً في الإحرام بمجرد النية
ما لم يأت بالتلبية خلافاً للشافعي لأنه عقد على الأداء فلا بد من ذكر
كما في تحريمة الصلاة ويصير شارعاً بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية
كانت أو عربية هذا هو المشهور من أصحابنا رحمهم الله والفرق بينه
وبين الصلاة على أصلهما أن باب الحج أوسع من باب الصلاة حتى يقام

غير الذكر بمقام الذكر كتقليد البدن وكذا غير التلبية وغير العربية
قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه
قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي
والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء
والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل
رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتاخيره ولا يقتل
صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه
لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه
محرمون فقال النبي عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا
لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده
عن الاعين ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا قباء ولا قلنسوة
ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي ع
نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد
نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم
عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد قال ولا يغطي وجهه
ولا راسه وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام
احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها ولنا قوله عليه السلام
لا تخمروا وجهه ولا راسه قاله في محرم توفي ولان المراة لا تغطي وجهها
مع ان في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق
بتغطية الراس قال ولا يمس طيبا لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل
وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا
رؤسكم ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث
وقضاء التفث قال ولا يلبس المحرم ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران

ولا عصفر

ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس
قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال
الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة
طيبة قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه
اغتسل وهو محرم ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال
مالك رح يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية
الراس ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه
ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى
غطته ان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه استظلال
ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة
غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه
الحالتان ولا يغسل راسه ولحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل
هوام الراس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او
هبط واديا او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ورضي الله عنهم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال
التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته
بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت
بالتلبية والثج اراقة الدم قال فاذا دخل مكة ابتدا بالمسجد الحرام
لما روي ان النبي عليه السلام لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة
البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة
فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنه
يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رح لم يعين في الاصل لمشاهد
الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت بالدعاء يذهب بالرقة وان تبرك

بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل
لما روي ان النبي عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر
وهلل قال ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
وذكر من جملتها استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع من غير
ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي عليه السلام قبل الحجر الاسود
ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي الضعيف
فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه
والا فاستقبله وهلل وكبر وكان الاستلام سنة والتحرز عن اذى
المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون
وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي ان النبي عليه السلام طاف على راحلته
واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله
وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم قال ثم اخذ
عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة
اشواط لما روي ان النبي عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما
يلي الباب فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت
ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم
لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر ويسمى حجرا لانه حجر
منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عائشة
رضي الله عنها ان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه
حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم
وحده لا تجوز الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بنص الكتاب فلا يتادى
بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه

قال ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين
كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد
للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي
عليه السلام وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك
رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام
فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه
على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر
كلما مر ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة
بالتكبيرة يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل
على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه
سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم
غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم ياتي المقام فيصلي
عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام
دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر
للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين
عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف
لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي
قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب
وقال مالك انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف
ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف
الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل
مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويرفع يديه ويدعو الله

بحاجته لما روي ان النبي عليه السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام
مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدم على الدعاء تقريبا
الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر
ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا
من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو
الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة
قال ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين
الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل
على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة
وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة
وطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط يطوف سبعة اشواط
يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا
وانما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به ثم السعي بين الصفا
والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي رح انه ركن لقوله عليه السلام
ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان
يطوف بهما ومثله يستعمل في الاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا
عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد
ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت
الاية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله
ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام
الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه
لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة
والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف

على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس
الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل
ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة
بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب
في ثلثة ايام متوالية اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج
ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال
فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع واذا صلى الفجر يوم التروية بمكة
خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام
صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر
والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة
ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزأه لانه لا يتعلق
بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء بتركه الاقتداء برسول الله صلى
الله عليه وسلم قال ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية
اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها
مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع
ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا زالت
الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ ويخطب خطبة يعلم فيها
الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف
الزيارة ويخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال مالك يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير
فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع
منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون
بين يدي المنبر كما في الجمعة وعن ابي يوسف رح انه يؤذن قبل خروج الامام

وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي عليه السلام لما خرج
واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ
من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة **قال**
ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد
النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى
جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاهما باذان واقامتين ثم بيانه
انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته
المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين
تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل
مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن
محمد رح لان الاشتغال بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول
فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست
بفريضة **قال** ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند
ابي حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد
الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة ان المحافظة على الوقت
فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة
مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر
بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة
الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لانه هو
المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رحمه الله
ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة
على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر
عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام

عن وقت الجمع وفي اخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة
قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة
لان النبي عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف
الموقف الاعظم **قال** وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عليه السلام
عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا
عن وادي محسر **قال** وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عليه السلام
وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي
ان يقف مستقبل القبلة لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال عليه السلام
خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي
ان النبي عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين
ويدعو بما شاء وان ورد الآثار ببعض الدعوات وقد اوردنا
تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى
وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية
لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا **قال** ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف
بعرفة ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى
بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه
عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء
والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك يقطع التلبية كما يقف
بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي
ان النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير
في الصلوة فيأتي بها الى آخر جزء من الاحرام **قال** واذا غربت الشمس
افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة لان النبي عليه السلام

وقع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان النبي عليه السلام
يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل
الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزأه لانه لم يفض من عرفة والافضل
ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا
بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس به لما روي
ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت
ثم افاضت **قال** واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل
الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عليه السلام وقف عند هذا
الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر
بالمارة فينزل عن يمينه او يساره ويستحب ان يقف وراء الامام
لما بينا في الوقوف بعرفة **قال** ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء
باذان واقامة واحدة وقال زفر رح باذان واقامتين اعتبارا بالجمع
بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام جمع بينهما باذان
واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما
بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع
بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع
الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا
باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام صلى المغرب بمزدلفة
ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رح
لان المغرب موخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم
على وقته ومن صلى المغرب في الطريق وحده لم يجزه عند ابي حنيفة
ومحمد رح وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد
اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رحمه الله انه

اواها

اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير
من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام
قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه
وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه
الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير
جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة **قال**
واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف
فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف معه الناس فدعا لان النبي
عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس
رضي الله عنهما فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف
واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال
الشافعي رح انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت
الركنية ولنا ما روي انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا
لما فعل ذلك والمذكور فيما تلي الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما
عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف وقد كان
افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا
يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف
او علة او كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا **قال**
والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل **قال** واذا طلعت
الشمس افاض الامام والناس حتى يأتوا منى **قال** العبد الضعيف عصمه الله هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا
غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي عليه السلام
دفع قبل طلوع الشمس **قال** فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي

يرمي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عليه السلام لما اتى منى لم يعرج
على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي
بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار
من الاحجار كيلا يتأذى به غيره فلو رماها من فوق العقبة اجزأه لان
ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما بينا
ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود رضي الله عنه وابن عمر رضي الله عنهم
ولو سبح مكان التكبير اجزأه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف
عندها لان النبي عليه السلام لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول
حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه وروى جابر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة
ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة
ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع
كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان ما دون ذلك يكون طرحا
ولو طرحها طرحا اجزأه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة
ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا
من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا
منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات
جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى
من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها
من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزأه
لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا
خلافا للشافعي رح ولان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين
كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا

قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ان اول نسكنا في يومنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب
التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات
الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به
المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين
الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود
وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في الحلق
بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم
والتقصير ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة وقد حل له كل شيء الا النساء
وقال مالك رح الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام
فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل له الجماع فيما دون
الفرج عندنا خلافا للشافعي رح لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام
الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول
انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون
محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف
لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد
او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي
ان النبي عليه السلام لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى
وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح
قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا
واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف
بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية
وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم

لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في
هذا الطواف ويسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة واحدة والرمل ما
شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان
ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا قال وقد حل
له النسا ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله
في حق النسا قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه
اذ هو المامور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة
وطواف يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها
فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رح وسنبينه في باب الجنايات
ان شا الله تعالى قال ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عليه السلام رجع
اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس
من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبدا بالتي تلي مسجد
الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي
التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف
عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه السلام
مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله
ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو لحاجته
ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعا وينبغي
ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذا الموقف لان النبي عليه السلام
قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي
بعده رمي يقف بعدها لانه في وسط العبادة فياتي بالدعا فيه
وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا

لله

لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى
الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر
الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار يوم الرابع بعد زوال الشمس
لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه لمن اتقى
والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلث
في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر
لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي رح وان قدم الرمي
في هذا اليوم يعني الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة
النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ولانه لما ظهر التفاوت في هذا اليوم في حق الترك فلان يظهر في جوازه في
الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي
فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي
على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر
وقال الشافعي رح اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي عليه السلام رخص
للرعا ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين
ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني
وتاويل ما روي الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف
والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة رح يمتد هذا
الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم
الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان اخره الى الليل رماه
ولا شيء عليه لحديث الرعا وان اخره الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي

اثر التخفيف صح

وعليه دم عند ابي حنيفة رح لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه **قال** وان رماها
راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا
والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا
ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رح
ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عليه السلام بات بها وعمر رضي الله عنه
كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيره متعمدا لا يلزمه شيء عندنا
خلافا للشافعي رح لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال
الحج فتركه لا يوجب الجابر **قال** ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم بمنى
حتى يرمي الجمار لما روي ان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه
ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم
موضع قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح
حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون
غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم
على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به
فصار سنة كالرمل في الطواف **قال** ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط
لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهده
بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب عندنا خلافا للشافعي رح
لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف
ورخص للنساء الحيض الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون
ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده
لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي انه عليه السلام استقى
دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب
ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره

ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي
ان النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي
وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد
فهذا بيان تمام الحج **فصل** فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات
ووقف فيها على ما بينا سقط طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على
وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه
سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك
الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك
الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي عليه السلام
وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل
فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان آخر الوقت
ومالك رح ان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس
فهو محجوج عليه بما رويناه ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه
عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة
من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رح لا يجزيه الا ان يقف
في اليوم وجزءا من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نائما
او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد
وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لانها
لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه
فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ولو امر انسانا بان يحرم
عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المامور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ
واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح
بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء

فكأنه يعرفه العوام بخلاف ما اذا امره غيره بذلك صريحا ولنا انه لما عاقدهم عقد
الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام
هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل
والحكم يدار عليه **قال** والمراة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل
غير انها لا تكشف راسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام احرام
المراة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي
عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية
لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق
ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير
ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها
لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك
جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا **قال** ومن قلد بدنة
تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد
احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى
التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة
قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص
الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة
او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة
رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان
عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية
لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص
الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء **قال** الا في بدنة المتعة فانه

محرم

محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان والقياس ان لا يكون
محرما وجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع
على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا
للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا
اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها
او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن
من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة رح فلا يكون من النسك في شيء
وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي
وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا **قال** والبدن من الابل
والبقر وقال الشافعي رح من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة
فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان
البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا
يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي
جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال
الشافعي رح الافراد افضل وقال مالك رح التمتع افضل من القران
لان له ذكرا في القران ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رح قوله عليه السلام
القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا
قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين
فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى وصلوة الليل
والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة
فلا يترجح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في
اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القران لان المراد من قوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل

فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا
كذلك التمتع فكان القران افضل منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رح
بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا
وسعيا واحدا **قال** وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات
ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد العمرة والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران
هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما
وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق
اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج
فيه وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ
بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع ولو نوى
بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتدأ
فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها ويسعى بعدها
بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف
طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال
العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق
بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق
المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال
الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام
دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى
فيه بتلبية واحدة وبسفر وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما
طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت
لسنة نبيك عليه السلام ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك
انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات

والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد
بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وتحريمة واحدة
يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج **قال** فان طاف
طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه
وقد اساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما
فظاهر لان التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده
طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتأخيره
بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف **قال**
فاذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا
دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل
والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة هاهنا
البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع
البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج
آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد
فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص
وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد
بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم
قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب
تأخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه
من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي
وقال الشافعي رح لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ
يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ
سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم

حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رح يصوم بعد هذه الايام
لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك رح يصوم فيها لقوله تعالى وهذا وقته
ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص
فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال
لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر
رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان
دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي قال فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات
فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال
العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه
هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر
يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر
والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط
عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه
دم لرفضها وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر **باب التمتع** التمتع افضل
من الافراد وعن ابي حنيفة رح ان الافراد افضل لان المتمتع سفره
واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع
جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة
الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة
بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع
لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير
ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى
وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها
ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك

ان اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله عليه السلام
في عمرة القضاء وقال مالك رح لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي
وحجتنا عليه ما رويناه وقوله تعالى محلقين رؤسكم الاية نزلت في عمرة
القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية
اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك رح كما وقع بصره على البيت
لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عليه السلام في عمرة القضاء قطع
التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه
ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة
قال فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم
اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم
على ما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف
الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد
لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح
الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة
وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج
وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلاثة
ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم
التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه
قبل وجود سببه وان صامها بمكة بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز
عندنا خلافا للشافعي رح له قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه
اداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا
والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران
وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل

لان النبي عليه السلام ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة
وان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها
على ما رويناه والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام
والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على
ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل
من ان يقودها لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق
بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها
قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة رحمه الله
ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن
في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي
عليه السلام طعن في الجانب اليسار مقصودا وفي الجانب الايمن اتفاقا
ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما حسن وعند الشافعي رح سنة لانه مروي عن النبي عليه السلام
وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ولهما ان المقصود من التقليد
ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم
لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة
فقلنا بحسنه ولابي حنيفة رح انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض
فالترجيح للمحرم واشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي لان المشركين
لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رح كره اشعار اهل زمانه
لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد
قال فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق
الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام
لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة

وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم
اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج
فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من
ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق
يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة
فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة
خلافا للشافعي رح والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي
ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران
بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيان
فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن
ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك
يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه
لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يبطل لانه اداهما
بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه
من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق
الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هنالك غير مستحق عليه فصح المامه باهله
ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم
دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح
تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر
حكم الكل فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج
من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار
بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج وقال مالك

يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال
والمتمتع المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال واشهر الحج
شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلثة
وعبد الله بن الزبير رضوان الله عليهم اجمعين ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة
ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله الحج اشهر
معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها
جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رح فان عنده يصير محرما بالعمرة
لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت
ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل زمان
وصار كالتقديم على المكان قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج
وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو
متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني
فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يكون متمتعا
لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان
وله ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه
فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ
البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة
وقالا هو متمتع لانه انشأ سفرا وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على سفره
ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه
يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع
له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر
الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول
انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج



من عامه فاتها افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا
باداء الافعال وسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء النسكين صحيحين في سفرة
واحدة واذا تمتعت المراة فضحت شاة لم يجزها من المتعة لانها اتت
بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الوقوف
اغتسلت واحرمت وصنعت ما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت
حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف
في المسجد والوقوف في مفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون
مفيدا فان حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء
عليها لطواف الصدر لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر
ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها
دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة ويرويه البعض عن محمد
لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا
كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك
لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه
كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية
وقال محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب
ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء
الله تعالى ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما
في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي
نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف
قال فان خضب راسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام
الحناء طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطييب ودم للتغطية

ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رح
انه اذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار
انه يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس
في الجامع الصغير دل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رح ان استعمله في الشعر فعليه
دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة
الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية
قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب فلا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام
ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فيتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب
الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت
والخل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله
الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى
به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما
هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما
اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه
يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح
انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رح اولا
وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال
على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة
ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة
وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف رح اقام الاكثر
مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او ائتزر بالسراويل فلا بأس به
لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القبا ولم يدخل يديه في الكمين

خلافا لزفر رح لانه ما لبسه لبس القبا ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير
في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا غطى جميع
رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه
فالمروي عن ابي حنيفة رح انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا
لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رح
انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع رأسه او ربع لحيته
فصاعدا فعليه دم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رح
لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات
الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فيتكامل به الجناية
وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وان حلق الرقبة
كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع
الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل
النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا حلق عضوا فعليه الدم
وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود
بطريق التنور فيتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من شاربه
فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية
فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع
الشاة ولفظة الاخذ من الشارب يدل على انه هو السنة فيه دون الحلق
والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه
دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست
من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيها ازالة شيء من التفث
فتجب الصدقة ولابي حنيفة رح ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به
وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره

أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي رح لا يجب
إذا كان بغير أمره بأن كان نائما لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من
أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم أبلغ منه وعندنا بسبب النوم والإكراه
ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة
فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لأن الآفة هناك سماوية وههنا
من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لأن الدم إنما لزمه بما نال
من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا إذا كان الحالق حلالا
لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه وأما الحالق تلزمه الصدقة في
في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم
رأس الحلال له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا
أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه
الأمان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره إلا أن
كمال الجناية في شعره فإن أخذ من شاربه حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء
والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بتفث غيره
وإن كان أقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وإن قص أظافير
يديه ورجليه فعليه دم لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث
وإزالة ما ينمو من البدن فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه
الدم ولا يزاد على دم إن حصل في مجلس واحد لأن الجناية من نوع
واحد وإن كان في مجالس فكذلك عند محمد رح لأن مبناها على التداخل
فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخللت الكفارة لارتفاع الأولى
بالتكفير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رح يجب أربعة دماء إن قلم
في كل مجلس يدا أو رجلا لأن الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل
باتحاد المجلس كما في آي السجدة وإن قص يدا أو رجلا فعليه دم إقامة

للربع

للربع مقام الكل كما في الحلق وإن قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة
معناه تجب بكل ظفر صدقة وقال زفر رح يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول
أبي حنيفة رح الأول لأن في أظافير اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها
وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحدة أقل ما يجب الدم بقلمها
وقد أقمناها مقام الكل فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يتأدى إلى ما لا يتناهى
وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رح وقال محمد رح عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحدة
وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما أن كمال الجناية
بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف
الحلق لأنه معتاد على ما مر وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة
فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا إلا
أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال وإن انكسر ظفر المحرم فتعلق
فأخذه فلا شيء عليه لأنه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من شجر الحرم
وإن تطيب أو لبس أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء ذبح شاة وإن شاء
تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام وإن شاء صام ثلاثة
أيام لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وكلمة أو للتخيير
وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا والآية نزلت في المعذور
ثم الصوم يجزيه في أي موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة
عندنا لما بينا وأما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف
قربة إلا في زمان أو مكان مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه
بالمكان ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغدية والتعشية عند أبي يوسف رح
اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لأن الصدقة تنبئ عن التمليك
وهو المذكور

فصل

فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى فلا شيء عليه

لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة
فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق
بينهما اذا انزل ولم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع
فيما دون الفرج وعن الشافعي رح انه انما يفسد احرامه في جميع ذلك
اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا
لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق
بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك
محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة
ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين
قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد
والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع
امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما
الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
وقال الشافعي رح يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه
اطلاق ما رويناه ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة
خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء
ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رح ان في غير القبل منهما لا يفسد
لتقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امرأته
في قضاء ما افسده عندنا خلافا لمالك رح اذا خرجا من بيتهما ولزفر رح
اذا احرما وللشافعي رح اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه له انهما
يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع
وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع
ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة

يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف
بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رح فيما اذا جامع قبل الرمي
فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه
وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رض او لانه اعلى انواع الارتفاقات
فيتغلظ موجبه ومن جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء
دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة ومن جامع
قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه
شاة وان جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد
عمرته وقال الشافعي رح تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي
فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها
والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كان كمن جامع
متعمدا وقال الشافعي رح جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع
النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل
جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا
مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم
لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم

فصل

ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال
الشافعي لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف بالبيت صلوة الا ان الله
تعالى اباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا
بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح
انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به
الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع
ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب

بالحج الى الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع
ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن
فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث
فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره
جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف
ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر
بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان
بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا
لا ذبح عليه وان كان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى
الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء
عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم
عند ابي حنيفة رح بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه
جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود
باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له
الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد
وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان
وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله
فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء
ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه
دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت
وعن ابي حنيفة رح انه يجب شاة الا ان الاول اصح ولو طاف جنبا
فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة

ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان
بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله
اجزاه ان لا يعود ويبعث بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما
ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف
الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام
بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف
الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان
بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا والطواف في جوف
الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل
ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف
على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك
وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة
ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده
فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه
الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر
في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا
فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول
لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف
الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه
الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا
لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر
بالاتفاق وبتاخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر
ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء

فما دام بمكة يعيدها ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بترك الواجب
واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان
وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود
لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه
اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح
ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات
عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات
فعليه دم وقال الشافعي رح لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه
بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام
فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا
لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد
غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير
مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف
بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام
كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد
كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف
قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التأليف
ثم بتأخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم
لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة لان الكل
في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر
من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة
العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا
اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثا تصدق

لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل
فيكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف
في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن
قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب
مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من قدم نسكا
على نسك فعليه دم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت
بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق
في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا شيء عليه قال ذكر في الجامع
الصغير قول ابي يوسف رحمه الله في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق
لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف
هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم
احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام
في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص
بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق
يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما
وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر بالزمان دون المكان
وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل
بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان
اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به فان لم يقصر
حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه
اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان

عند ابي حنيفة رح ودم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتأخير
الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التأخير
شيء على ما قلنا **فصل** اعلم ان صيد البر محرم على المحرم قال الله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر
الى آخر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون
توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب
والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد
الغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رح **قال**
واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى
لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على ايجاب
الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء تعلق بالقتل
والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث
ابي قتادة رضي الله عنه وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء
ولان الدلالة من محظورات الاحرام وانه تفويت الامن عن الصيد
اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم بالاحرام
التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف
الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف
وزفر رح والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان
الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان
على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا
وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه
غرامات الاموال والمبتدئ والعائد لان الموجب لا يختلف والجزاء

عند ابي حنيفة

عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل
فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو
مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء
اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي رح يجب
في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق
وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى
فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة
لا يكون نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر
في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال عليه السلام
الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد رح تجب القيمة مثل العصفور
والحمام واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رح
يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد
منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان المثل المطلق هو المثل
صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فيحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع
كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده
التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم
النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد
بما روي التقدير دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله
هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي رح
الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما
بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رح لهما ان التخيير
شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رح

قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير
لقوله يحكم او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار
اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع
وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيهما دلالة اختيار الحكمين
وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقوم
في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان
الموضع برا لا يباع الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى
قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق
العباد وقيل يعتبر هنا المثنى بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى
هديا بالغ الكعبة ويجوز الطعام في غيرها خلافا للشافعي رح هو يعتبره
بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي
قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة فقربة معقولة في
كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان
فان ذبح في الكوفة اجزأه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه
وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار
على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه
وقال محمد والشافعي رح يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضي الله عنهم
اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح يجوز الصغار
على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام
يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون ويعتبر قيمته واذا اشترى
بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر
او شعير ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام
المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع واذا اختار الصيام يقوم

المقتول

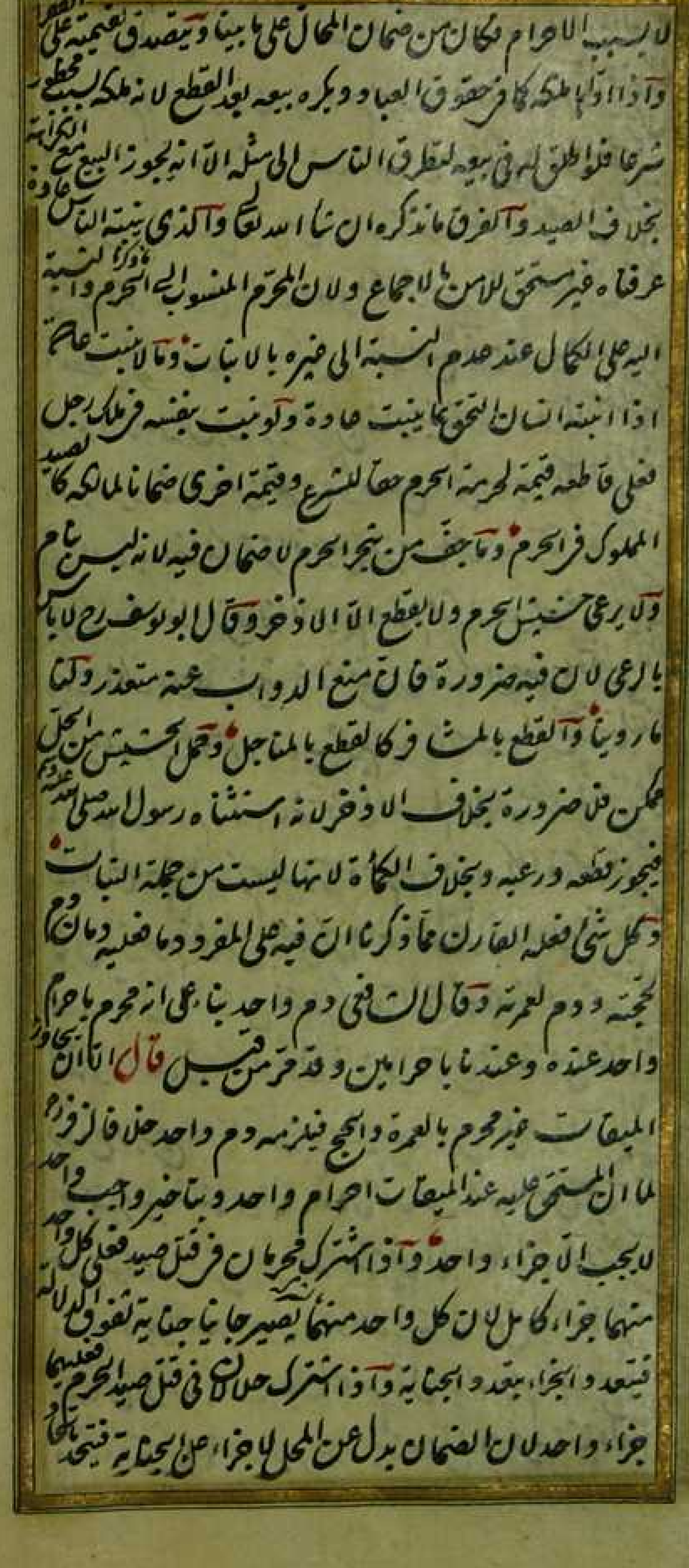
المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير
الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير
على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام
اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق بها وان شاء صام عنه يوما كاملا
لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون
طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا
او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق
العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه
قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه
ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس
رضي الله عنهم ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد
احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا
استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير معلومة
وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته
فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا
ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفارة
والكلب العقور وقال عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب والحدأة
والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات
وقيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد
بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق فغير مستثنى
لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة رح ان الكلب العقور

وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس
وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس
المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث
والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي موذية
بطبعها والمراد بالنمل السوداء والصفراء التي توذي وما لا يوذي لا يحل قتلها
ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء ككف من طعام
لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا
وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على طريق الاباحة
وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر
فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة
لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفات
لانها من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة
وكذا لا يقصده الآخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن
من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها
فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي لا يجب
لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول
السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ
اما بجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال
العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته
شاة وقال زفر يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام
الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه
محارب موذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا وان صال
السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب عليه الجزاء اعتبارا بالجمل الصائل

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه
ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان مأذونا
في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق فلان يكون مأذونا في دفع المتحقق
اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل
الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل
صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل
ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي
لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي
يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا
فعليه الجزاء خلافا لمالك رح له انه الوف مستأنس ولا يمتنع بجناحه لبطوء
نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان
بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا
لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد
في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي
يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع
وهذا فعل حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي
قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه وان اكل المحرم
الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه
جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة
فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة
رح ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه
هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصار
حرمة التناول بهذه الوسايط مضافا الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله

ليس من محظورات احرامه قال ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده
حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك فيما
اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله عليه السلام لا باس بان ياكل المحرم لحم صيد
ما لم يصده او يصد له قلنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا
لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه السلام لا باس به واللام فيما روي لام
تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره
ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه
روايتان وجه الحرمة حديث ابي قتادة رضي الله عنه وقد ذكرناه
قال وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد
استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه طول ولا ينفر
صيدها قال ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان
الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب
على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو
احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر
يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه
الهدي ففيه روايتان قال ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان
في يده خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة
العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم
اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا قال فان باعه رد البيع فيه
ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام
وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي
استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او حلال لما قلنا ومن احرم
وفي بيته او قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي عليه ان يرسله

لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها
وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك
التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه
في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان
القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع قال فان اصاب حلال صيدا
ثم احرم فارسله من يد غيره يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لان المرسل
آمر بالمعروف ناه عن المنكر وهو محسن وما على المحسنين من سبيل وله انه
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه
بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض
ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف
في كسر المعازف قال وان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره لا ضمان عليه
بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم
لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر
فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض
للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين
كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال
زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ
انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الاخذ
علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال الضمان اليه قال فان قطع حشيش
الحرم او شجره الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف
منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد
شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمتها بسبب الحرم



لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء
واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور
شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة
بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة
عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة
اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة
اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل
فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد
المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام
ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رح لا بأس
بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا
ما رويناه والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل
ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات
وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم
لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على انه محرم باحرام
واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز
الميقات غير محرم بالعمرة والحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رح
لما ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخيره واجب واحد
لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد
منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تتفوق الدلالة
فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما
جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل

المحرم

المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة
واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن
وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي
واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن
شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان
ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم يبق
آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل الحرم **باب مجاوزة الوقت
بغير احرام** واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات
عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة
وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان رجع اليه محرما
فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رح لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته
لم ترتفع بالعود وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب
ولنا انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط
الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك
عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده رح
بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص
بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده
محرما ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا
ولو عاد بعدما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق
ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان
يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام
ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب
التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل





مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل
الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان
احرما من الحل ثم وقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل
لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك
الى الوقت فاحرم بحجة عليه اجزاه ذلك من دخول مكة بغير احرام وقال
زفر لا يجوز وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت
السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة
بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت
السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف
المنذور فانه يتادى بصوم رمضان في هذه السنة دون العام الثاني
ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام
يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت
وعلى قياس قول زفر رح لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في
الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام
فاحرم بالحج ثم افسد حجه هو يعتبر المجاوزة بغيرها من المحظورات
ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي
الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج
المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته
الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو
على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته
ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة
واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه
الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة

فلا شي

فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي **باب اضافة
الاحرام الى الاحرام** قال ابو حنيفة رح اذا احرم المكي بعمرة وطاف
لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة
وقال ابو يوسف ومحمد رح رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه
لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة
وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا
فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف
لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها وكذلك اذا طاف
للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رح وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء
شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض
العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم
بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى
المحصر الا ان في رفض العمرة قضاؤها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه
وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما
كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا
وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكاب المنهي عنه
وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج
ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء
عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر
عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي
الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق وهو نسك في الاحرام
الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع

وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام
الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا
فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته
الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي
العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم فهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم
بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك
قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال
العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة
فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج
ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع
على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة
ليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان يأتي
بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما
وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج
من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تأكد بشيء من اعماله
بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها
وعليه دم لرفضها ومن اهل بالعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته
لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا
افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام
ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها
وعمرة مكانها لما بينا وان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها
وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له
تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا

وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر
في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا
رحمهم الله على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت
الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما نبينه
في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال
فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين
احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها
ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه **باب الاحصار** واذا احصر المحرم
بعدو او اصابه مرض يمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون
الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة
وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان اية الاحصار وردت
في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر
بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من قبل امتداد الاحرام
والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث
شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه تذبح فيه ثم تحلل وانما
يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة
الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه
الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي
اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقت به لانه شرع رخصة
والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز
الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه وتجزيه البقرة والبدنة
كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر
بل له ان يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل

اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابى حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شئ عليه لانه عليه السلام حلق
عام الحديبية وكان محصرا به وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما
عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبى صلى الله عليه وسلم
واصحابه رضى الله عنهم ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال
وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث
بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما
لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا
فى الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابى حنيفة رح وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج الا فى يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدى المتعة
والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابى حنيفة رحمه الله
انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان
كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك
وبخلاف الحلق لانه فى اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهى به
قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روى عن ابن عباس
وابن عمر رضى الله عنهم ولان الحج يجب قضاؤه لصحة الشروع والعمرة
لما انه فى معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها
يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبى عليه السلام
واصحابه رضى الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل
لدفع الحرج وهذا موجود فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه
القضاء اذا تحلل كما فى الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحدى
فلما بينا والثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع قال فان بعث القارن
هديا وواعدهم ان يذبحوه فى يوم بعينه ثم زال الاحصار فان

لا يدرك الحج والهدى لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدى لفوات
المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة
له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه
لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به
ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك
الهدى دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون
الهدى جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما فى المحصر
بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج
يدرك الهدى وانما يستقيم على قول ابى حنيفة وفى المحصر بالعمرة يستقيم
بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول
زفر رح انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل
وهو الهدى وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان
المبعوث على يديه الهدى يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال
كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر فى ذلك المكان او فى غيره
ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدى النسك الذى التزمه بالاحرام
وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعده ومن وقف بعرفة ثم احصر
لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع
عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما
اذا احصر فى الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف
فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه فى التحلل واما على الوقوف
فلما بينا وقد قيل فى هذه المسألة خلاف بين ابى حنيفة وابى يوسف رح
والصحيح ما اعلمتك من التفصيل **باب الفوات** ومن احرم بالحج
وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج

ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فلذا اذا خاف على ماله لانه يفوت الغرض من المبعوث
على يده بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه

لان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي
من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج
فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان
الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين
كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتعين عليه العمرة ولا دم عليه
لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم
في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة
الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق
لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه
الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن
ابي يوسف انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن
الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا
لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو
تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال
الشافعي فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله
عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتادى
بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتاويل ما رواه انها
مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة مع التعارض في الآثار
قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب
عمله لغيره صلوة كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل
السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين
احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى

ويشهد له

وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية
محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجري
في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب
ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به
وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري
عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت
لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل
اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار
الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك
واعتمري وعن محمد رح ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه
عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم
قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي
عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة
الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن
ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعله
عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما شاء
لانه متبرع يجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه
سببا لثوابه وههنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن
النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم
الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا
لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رح وهو
القياس لانه مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما
اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك

مجهول وهنا المجهول من له الحق ووجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة
الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين
فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل
التعيين فصار مخالفا قال فان امره غيره بان يقرن عنه فالدم على من
احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور
هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي
عن محمد ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه
والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار
على الامر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب
للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم
عليه ولهما ان الامر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان
يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف رح
ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال
لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية
وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد
حجه لان الصحيح هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة
لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن
النفقة لحصول مقصود الامر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء
الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ
الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله
بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يحج عنه من حيث مات الاول
فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور
قول ابي حنيفة رح اما عند محمد رح يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه

ان بقي شي والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه
وعند ابي يوسف رح يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية
وقال ابي حنيفة رح ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه
الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار
كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول
ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام
الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا الثلث الحديث
وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج
ووجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا
الى الله ورسوله الاية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب له حجة
مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان
واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه وينبني على ذلك المامور بالحج قال
ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره
بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه
وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل والله اعلم
بالحقيقة

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام
سئل عن الهدي فقال ادناه شاة قال وهو من ثلثة انواع الابل والبقر
والغنم لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر
والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة
سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة
الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شي الا في موضعين
من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما
الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة

والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي
عليه السلام اكل من لحم هديه وحسا من مرقته ويستحب له ان ياكل منها
لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا
ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي
عليه السلام لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي
فقال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع
والمتعة والقران الا في يوم النحر قال وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع
قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوع
باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك
جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة
الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا
البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم
نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت
وقال الشافعي رح لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران
فان كل واحد منهما دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارة فلا تختص بيوم
النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان
به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال
ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة
فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان
ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز
ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رح لان الصدقة
قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا
لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة الدم فيه لا عن التعريف

فلا يجب وان عرف بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر فعسى لا يجد
من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير
بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرناه وسببها
الجناية فيليق بها الستر قال والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم
الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال تعالى ان تذبحوا
بقرة وقوله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي
عليه السلام نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا
قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما
لما روي انه عليه السلام نحر الهدايا قياما واصحابه رضي الله عنهم كانوا
ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة
الاضطجاع الذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما
قال والاولى ان يتولى الانسان ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك
لما روي ان النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا
وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي
في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان
قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق
بجلالها وخطامها ولا يعطي اجر الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رض
تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة
فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها
خالصا لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى
الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روي ان النبي عليه السلام
راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا
محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان

لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه
وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا
من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا
يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه
مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه
غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب
فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه
عيب كثير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد
من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت
البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب
بها صفحتها ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر
رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل
قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء
دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل
قبل ذلك اصلا الا ان التصدق الى الفقراء افضل من ان يتركه جزرا
للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود وان كانت واجبة
اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو
ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم
نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار
ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار
جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد
الشاة عادة ولا يسن تقليده عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم
مسائل منثورة اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا

يوم النحر

يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية
وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان
ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود
منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عامة
لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين
فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية
لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان
جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع
هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا
ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف
في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى
في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى
ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها
اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي
لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدا بالمروة
قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض
على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت
منتهى السعي بالنص فلا يتعلق بها البداية قال ومن جعل على نفسه ان يحج
ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين
الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم
القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا
وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدي المشي
من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما

لانه اوفر نصبا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت
والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية
محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر رح
ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية
منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها
فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى
لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا
باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها
لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رح يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها
وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع
بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامعها والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة
لانه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما
لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح بسم الله الرحمن الرحيم

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة
وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة
وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول
زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي
النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج
والتمليك والهبة والصدقة وقال الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح
والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج
للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة
اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو
الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح

لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك
المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية
لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين
الا بحضرة شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا
كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رض اعلم ان الشهادة
شرط في النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رح
في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيهما لان العبد لا شهادة
له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما
ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم
ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف
الشافعي رح وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة
حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب
الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل
الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود
في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت
ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين
قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
رح وقال محمد وزفر رح لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة
للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت
في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار
وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها
بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة

شرطا في العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب
حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد
المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب
غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا
اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز
وان كانت غائبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل
لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته لما تلوناه ولا ببنت
ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا بعمته
ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الاية وتدخل فيها
العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين
لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امراته التي دخل بابنتها او لم يدخل
لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امراته
التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره
او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا
اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامراة ابيه واجداده
لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامراة ابنه وبني اولاده
لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط
اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه
من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا

لقوله

لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ولقوله عليه السلام
من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج
اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله فاذا جاز
لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما فلا يطأ
المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة
لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة
ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى
فرق بينهما وبينه لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية
ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف
المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل فيصرف
اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة
ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله
عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة
اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امراتين
لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما
يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت
المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا باس بان يجمع
بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع
وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج
بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو قدرتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط
ان يتصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامراة حرمت عليه امها
وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة
فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف

الى كل واحد منهما كلا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذا
على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ومن مسته
امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح لا يحرم وعلى
هذا الخلاف مسه امراة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره بشهوة
له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم
والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر
سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة
ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج
الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل
يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض
الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في الدبر واذا طلق امراته طلاقا بائنا
او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي
ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح
بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا
ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش
والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب
الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق
الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج
المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات
مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع
الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى من الذين
اوتوا الكتاب اي العفايف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة

على ما نبين ان شاء الله تع ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال
ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز
تزويج الصابئيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم
من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز
مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم
فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة
ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم
وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا
ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي
ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح لا يجوز للحر
ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه
من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا
جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع
عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل
الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة
وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك رح في تجويزه
برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق
ان شاء الله تع فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام
ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها
من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة
على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله
ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف

لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة باق من وجه
لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل
غيرها في قسمها ❊ وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له
ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
مثنى وثلث وربع ❊ والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال
الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا
اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ❊ ولا يجوز للعبد
ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة
الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج
العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية ❊ فان طلق الحر احدى
الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه
خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت ❊ قال
فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف النكاح فاسد ❊ وان كان
الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع ❊ ولابي يوسف رح ان الامتناع
في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم اذ لا جناية منه ولهذا لم يجز
اسقاطه ❊ ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه
زرع غيره ❊ والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة
للزاني ❊ فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب ❊
فان تزوج ام ولد وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها
حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع
بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان
فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ❊ ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح

لانها

لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير
دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه ❊ واذا جاز النكاح فللزوج
ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا احب له
ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما
ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا
بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل ❊ وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها
حل له وطؤها قبل ان يستبرئها عندهما ❊ وقال محمد رح لا احب له ان يطأها
ما لم يستبرئها ❊ والمعنى ما ذكرنا ❊ ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة
اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال ❊ وقال مالك رح هو جائز لانه
كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه ❊ قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ❊ وابن عباس صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع ❊ والنكاح
الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام
وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا
انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينما اذا طالت
مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد
ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة احديهما لا يحل نكاحها صح نكاح
التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف
ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول
العقد في الحر شرط فيه ❊ ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم
على مهر مثليهما ❊ وهي مسألة الاصل ❊ ومن ادعت امرأة انه تزوجها واقامت
بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان يدعها
يجامعها ❊ وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وفي قوله الاخر
وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح لان القاضي اخطأ

الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رح
ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف
الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن
تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة
لان في الاسباب تزاحما فلا امكان **باب في الاولياء والاكفاء**
وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي
بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك رح
والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده
والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رح يقول يرتفع الخلل باجازة الولي
ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة
مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج
وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية
لا فرق بين الكفو وغير الكفو لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن
ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع
ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة
على النكاح خلافا للشافعي رح له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة
بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا
انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور
عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف
في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك
مع نهيها قال فاذا استاذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه
البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا

راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا
من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت
كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال
وان فعل ذلك غير ولي يعني استامر او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى
تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا
ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء
بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار
تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة ليظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط
تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت
فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان
فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان
رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استاذن الثيب فلا بد من
رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد
عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت
بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها
بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها
تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة
رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة
لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة
ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها
كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد
لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره
حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك النكاح

فسكتت فقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت
اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة
ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمراة تدفعه فكانت
منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم
قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه
نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي
مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستاتيك في الدعوى ان شاء الله
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة
او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رح يخالفنا في غير الاب وان كان فرعه
في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية
على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب
ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو
موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين
عادة ولا يتفق الكفوء في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا
للكفوء وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد
لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال
مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة
داعية الى النظر كما في الجد والاب وما فيه من القصور اظهرناه في سلب
ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك
الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام
وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الراي لوجود الممارسة
فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة
ولا ممارسة تحدث الراي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر

ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات
من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب
في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب او الجد
يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي وافرا الشفقة
فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما
غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على
النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان
يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك
واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح
من الرواية لقصور الراي في احدهما ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير
ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو
تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فيفتقر
الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا
يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت
الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح
فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن
من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار
لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل
بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار
البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه
ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا
لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد

الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات
الزوج بل لتوهم الخلل فعما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار
العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار
المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق
اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو
مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات
بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى
بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة
لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية
لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت
على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء قال ولا ولاية
لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية
الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء
بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث قال ولغير العصبات
من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات
وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية
عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف رح في ذلك مضطرب والاشهر
انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن
نسبة غير الكفؤ اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية
والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة
قال ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها
الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية

الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب
الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رح
لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته
ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه
ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد
وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع
وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا
منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون
في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة وهو اختيار القدوري رح
وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل
اذا كان بحال يفوت الكفؤ الخاطب باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه
لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها
ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن
ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر
بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات **فصل في الكفاءة**
الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء
ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان
الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها
لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها
من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة
تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب
بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض
بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض

رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد الا ان يكون
نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة
وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه
ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان
في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد
بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له
اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة
في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى
الذل فيعتبر في حكم الكفاءة وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمراة تعير
بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب وقال محمد رح لا تعتبر لانه من
امور الاخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه
او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر
في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية
حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع
فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر
قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر
القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا
عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى
ان الفائقة في اليسار لا يكافيها القادر على المهر والنفقة لان الناس
يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح لا يعتبر لانه لا ثبات
له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رح

وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رح انه لا تعتبر الا ان يفحش
كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف
الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول
من الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها
فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله
المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة
عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية
ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها
فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج الاب
بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك
عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه
لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر وعند فواته يبطل العقد
وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك
ذلك غيرهما ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب
القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة
في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي
صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رض وهذا عند ابي حنيفة
ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر
لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا اذنت
المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر

والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في
البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة
في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون
التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى ترجع الحقوق
اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول
قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه
المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها
او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز
انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها
باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا
ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده
فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد
عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت
فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت
جاز وكذلك ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا
فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين
او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى
العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول
لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار
كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه
شطر حالة الحضرة فكذا حالة الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس
كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين

وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف
يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه
اثنتين في عقدة واحدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة
ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره
جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف
ومحمد رح لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف
وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا
وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل
واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة بالتزوج بالكفؤ
باب المهر قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح
عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة
لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان
لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم وقال
الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لانه حقها
فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة ولانه
حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا
بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح
لها مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية
لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى للتمليك من غير عوض
تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة
عندنا وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة

فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل
وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد
فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول والخلوة بها فلها نصف المسمى لقوله
تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه
تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما
فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على
ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على
ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رح
لا يجب في الموت شيء واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص
حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا
حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي
ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك
والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير
مروي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما وقوله
من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة
لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص
من خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل فان تزوجها ولم يسم لها
مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها
قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا
المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان
هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل

منزلته والمراد ما تقدم الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زاد لها
في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رح وسنذكره في زيادة الثمن
والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول
وعلى قول ابي يوسف رح اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما
يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض في العقد
على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه
حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها
فلها كمال المهر وقال الشافعي رح لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير
مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر بدونه ولنا انها سلمت المبدل حيث
رفعت الموانع وذلك في وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع
وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل
او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها
نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع
او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن نوع تكسر وهذا التفصيل في مرضها
وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم
وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما
صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى
وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية
لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا
المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف المهر
لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة
رح ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به وعليها العدة
في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد

على الصدق فى ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط فى ايجابه وذكر
القدورى فى شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن
حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال
وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد
سمى لها مهرا وقال الشافعى رح تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة
من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان فى هذه الصورة نصف المهر طريقة
المتعة لان الطلاق فسخ فى هذه الحالة فالمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة
خلف عن مهر المثل فى المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد
يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع مع الاصل ولا شيئا منه
فلا تجب مع وجوب شىء من المهر وهو غير جان فى الايحاش فلا تلحقه
الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه
الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان
جائزان وقال الشافعى رح بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف
منكوحة ولا اشتراك فى هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح
صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة
بدون الاستحقاق وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم
القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رح لها قيمة خدمته سنة وان تزوج
عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة وقال الشافعى رح
لها تعليم القرآن والخدمة فى الوجهين لان ما يصح اخذ العوض عنه
بالشرط يصح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها
على خدمة حر آخر او على رعى الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال
لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها

بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه
لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه
وامره وبخلاف رعى الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة
على انه ممنوع فى رواية ثم على قول محمد رح تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال
الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزويج على عبد الغير وعلى قول
ابى حنيفة وابى يوسف رح يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق
فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد لضرورة
فاذا لم يجب تسليمه فى العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل
قال فان تزوجها على الف وقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول
رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم
والدنانير لا يتعينان فى العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا
او شيئا آخر فى الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له
ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء وفى القياس
يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم المهر له بالابراء
فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه
بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالى باختلاف
السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها
المقبوض وغيره او وهبت الباقى ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد
منهما على صاحبه بشىء عند ابى حنيفة رح وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا
للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابى حنيفة رحمه الله
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض
فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد فى النكاح
الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت

اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما
بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت
له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر
يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقرره
وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد
وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا
وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها
على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد
وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا تعين يصير كأن التسمية وقعت
عليه قال واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان
لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم
رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى
ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية
الكرامة والهدية مع الالف قال وان تزوجها على الف ان اقام
بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها
فلها مهر مثلها لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها
والالفان ان اخرجها وقال زفر رح الشرطان جميعا فاسدان
ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين واصل المسئلة
في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته
غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها
على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما
فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان

فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان
طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير
الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن
وصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رح ان الموجب الاصلي مهر المثل
اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة
بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل
اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس
فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول بها في مثله
المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة
واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رض
معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس
او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب
مهر المثل وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح
ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة
مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة
كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين
وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ
منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس
وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على
المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق
الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما قال وان تزوجها على ثوب
غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه

ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس وكذا اذا سمى جنسا بان قال هروي
يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية
لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى
جنسه دون صفته فان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما
ثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو
الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية
لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة
على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا
لها مثل وزنه خلا قال وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر
المثل عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف رح انه
اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب عليه قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال
كما اذا تزوج على عبد وهلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول
اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود
وهو التعريف فكأنه تزوج على حر او خمر ومحمد يقول الاصل ان المسمى
اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود
في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق
بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف
من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان
من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد
الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع
والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين

العبدين

العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا العبد الباقي اذا ساوى عشرة دراهم
عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل
وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين
وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح
لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد لانهما
لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد
وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد
قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب
باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن
فلا يقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا
خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال
وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة
التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع
لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بالقيمة وعليها العدة الحاقا للشبهة
بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها
من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار
شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب
يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة
النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها
وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها
وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء
انما يعرف بالنظر الى قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها

لما بينا فان كانت الام من قبيلة ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر
بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال
والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف
وكذا باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف
بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد
اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبة زوجها او وليها اعتبارا
بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة
بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر
في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح
ابراؤه عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان
يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه
عاقد الا يرى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال
وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين
حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج
ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر
كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء
ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل
كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة
وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها
حتى لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق
وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه
كله قد صار مستوفى بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر

فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل
لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا تخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكيد
بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما
تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية فدفع
كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها
الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها
الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة
قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها
والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول
قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف القول قوله
بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح
له ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول
المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع
ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في
الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل
لانه الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب
اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق
قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل
وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة
بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسألة
في الاصل في الالف والعشرة والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد
تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون
فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما

هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح
ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة الالفين فان كان مهر مثلها الفا
او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام
البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها
لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان
مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي
وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك
ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل
عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد
موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط
بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول
ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثنى القليل وعند محمد رح الجواب
فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول
قول من انكره والحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه
من بعد ان شاء الله تعالى قال واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا
فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يسم لها مهرا
فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه
المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين
في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها
ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل
صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي
حنيفة رح ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي
مهر المثل ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج

هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف
وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل
فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية
فاما الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار
والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه فصل
واذا تزوج نصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم
جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك
الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قولهما في الحربيين
واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة
ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رح لها مهر المثل في الحربيين ايضا
له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما
فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام
وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم
التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام
متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رح ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا
في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام
بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة
فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا
لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام
الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل
نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح
ان الكل على الخلاف قال فان تزوج الذمي الذمية على خمر او خنزير ثم اسلما
او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام

قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين
وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب
الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض
بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا
ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام
فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق
المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج
الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين
القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف
انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير
لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها
من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول
في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب
المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز
نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رح يجوز للعبد
لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج
بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح
عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة
اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا
لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب
وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها
لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن

مولاه

مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد
لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق
برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر
والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك
الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما
واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا
باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة
وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال
طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون
الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة
فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رح
وقالا يؤخذ منه اذا اعتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد
والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف
الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤخذ به بعد العتاق لهما
ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز
ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد
حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه
كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر
والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة
ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة
على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح
النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض

المديون اذا تزوج امراة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه
ان يبوئها بيتا للزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها
وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها
معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس
ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك
فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رض وذكر تزويج المولى عبده او امته
ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح
وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان النكاح
من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال
فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا
ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك
او النقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة
لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها
قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رح وقالا عليه المهر
لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله
فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى
بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا
جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر
وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا
لزفر رح وهو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا
ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها
حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب
الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح

وعن ابي يوسف ومحمد رح ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى تثبت لها
ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف
الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان
العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة
وان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها
او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل
بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رح يخالفنا فيما اذا كان
زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج
بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذا المكاتبة
يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر لا خيار لها لان العقد
نفذ برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا
يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة
لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها
ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى
وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا
زوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها
مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالنكاح جائز والمهر للمولى لانه استوفى
منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع
مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت
وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطي
في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا
ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء

فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الما غير ان الحاجة الى ابقا نسله دونها
الى ابقا نفسه فلهذا تملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا
الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك
غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي
يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال الشافعي رح انه يجب المهر لانهما يثبتان الملك
حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشي يعقبه والمسئلة معروفة
ولو كان الابن زوجها اباه فولدت منه لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر
وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رح لخلوها عن ملك الاب
الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه
وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فهذا يدل
على انتفا ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه
مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في
ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه
اخوه فعتق عليه بالقرابة واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه
عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رح لا يفسد واصله انه يقع العتق
عن الامر عندنا حتى يكون الولا له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها
وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال
لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور
ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضا اذ الملك شرط لصحة العتق
عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر
عنه وقوله اعتقت تمليك منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للامر
فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد
النكاح والولا للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح

هذا والاول سوا لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط
اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما
ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضا
لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير
ينوب عن الامر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شي لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر
وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة
الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة
وفي الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل
فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او
والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع
عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيه ولم
احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها
حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة
حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده
واذا صح النكاح فحال المرافعة والاسلام حالة البقا والشهادة ليست شرطا
فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي
امه او بنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم
عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة
في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقا النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه
ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما
والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير باعتقاده

اما اعتقادهما والمصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلو كان تابعا
يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما * ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة
ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع
في حقه * وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة
الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والتزوج ما شرع لعينه بل لمصالحه
فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه * وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد
صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له * ولو كان احدهما كتابيا
والاخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي
يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح * واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر
عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما
وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي
بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا * وقال ابو يوسف رح لا يكون طلاقا في الوجهين
اما العرض فمذهبنا * وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم
وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول
غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقطاع ثلث حيض
كما في الطلاق * ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة
والاسلام طاعة فلا يصلح سببا فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام
او يثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه
الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع
الزوج عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي
منابه في التسريح باحسان كما في الجب والعنة اما المرأة ليست باهل
للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر

ان كان

ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة
من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة * واذا اسلمت المرأة
في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة
عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها * وهذا لان الاسلام ليس
سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة
رفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر *
ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر له
في دار الاسلام * واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت
هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى
واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء
فلان يبقى اولى * واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت
البينونة بينهما * وقال الشافعي رح لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة
وان سبيا معا لم تقع بينهما * وقال الشافعي وقعت * فالحاصل ان السبب
هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع
الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن
اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط
الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح
فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء
فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال
لا في محل النكاح وفي المستأمن لم يتباين الدار حكما لقصده الرجوع * واذا خرجت
المرأة الينا مهاجرة جاز لها ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح
وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام
فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رح انها اثر النكاح المتقدم وجبت

لا ظهار حظره ولا حظر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت
حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها
زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى عن الزنا وجه الاول انه ثابت النسب
فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا
واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند
ابي حنيفة وابو يوسف رح وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي
فرقة بطلاق وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رح مر على
اصله في الاباء وابو حنيفة رح فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح
لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف
الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف
الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو
المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت
هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة
لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما فهما على نكاحهما استحسانا
وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما
ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله
عليهم بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم
احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه
مناف كابتدائها **باب القسم** واذا كان للرجل امرأتان حرتان
فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احدهما بكرا
والاخرى ثيبا لقول النبي صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان
ومال الى احدهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضـ
ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم

هذا قسمي فيما املك ولا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل
فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم
من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار
الدور الى الزوج لان المستحق هي التسوية دون طريقه والتسوية المستحق
في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احدهما
حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك
ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان
في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق
فيهن قائم **قال** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء
منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال
الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد
السفر يقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن
فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج
الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر
بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى
الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة
رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم
نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت
حقا لم يجب بعد فلا يسقط **كتاب الرضاع** قليل الرضاع وكثيره
اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم
الا بخمس رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة
ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت

شبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فيعلق
الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي
ان يكون في مدة الارضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح
وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلثة احوال لان الحول
حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر
به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة
اشهر فبقي للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله
هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد
منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما
فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن
وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل
لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم
والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين
في الكتاب قال واذا انقضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم
لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو
وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في
رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء
وهل يباح الارضاع بعد المدة فقد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية
لكونه جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث
الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز
ذلك من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع
ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ
امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او امراة

ابنه

ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ان يتزوج ذلك من النسب
لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن
الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها
وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة
وفي احدى قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية
واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين
فكذا بالرضاع وقال لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة
ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا
ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج
باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له
اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على
ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما
واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت
لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت
زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة قال واذا اختلط اللبن
بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق
به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول
المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين
قال واذا اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا
اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رض قولهما فيما اذا لم تمسه النار
حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب
كما في الماء اذا لم يغيره شيء من حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل
واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن

من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط
بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء
لتقويته على الوصول وان اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق
به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء
واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح لان الكل صار
شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رح
يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه
لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان
واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه
سبب النشو فيثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها
فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة
انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها
ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية
وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة
تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث
وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم
وعن محمد رح انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر
ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم
في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله
من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس
بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن
يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم
لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل

صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين
الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل
بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة وقعت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة
نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا
منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج
على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت
بان الصغيرة امرأته وعن محمد رح انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية
لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري
مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا
وانما ثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام
المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف
لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي
كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع
الفساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع
الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك
فلو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا
اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء
منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك
يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة
حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر المرأة الواحدة كمن اشترى لحما فاخبر
الواحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك
في باب النكاح وزوال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول
ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم وصلى الله على ...

كتاب الطلاق باب طلاق السنة قال رضي الله عنه

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل
امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها
لان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق
على واحدة حتى تنقضي العدة ولان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا
عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف
لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق الرجل المدخول بها
ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رح انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل
في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة
ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة ولان الحكم يدار
على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو
الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل
الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر
ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة
واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان
عاصيا وقال الشافعي رح كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى
يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة
الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل
في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح
الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع
بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة

في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث
انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع
الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة
البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة
زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة
الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت
وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير
المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في حق المدخول بها
خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي
عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة
وغير المدخول بها يطلقها في حالة الحيض والطهر خلافا لزفر رح هو يقيسها
على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض
ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة
لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة ثلثا طلقها واحدة
فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها
قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
الى قوله واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء
في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر
تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق
وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير
والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل
بين وطيها وبين طلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام

الحيض ولان الجماع يفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وكذا انه لا يتوهم
الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار ان عند ذلك يشتبه
وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكره لكن
تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فرارا عن مؤن الولد
فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز
عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل
زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تقل
الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يطلقها للسنة
الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق
على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة فصار
كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق
الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة
السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها
الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق
الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق عليها لان النهي عنه لمعنى في
غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام
لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد
الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح
انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بقدر الممكن برفع اثره وهو
العدة ودفعا للضرر بتطويل العدة قال واذا طهرت وحاضت ثم
طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا
ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رح انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة

قال ابو الحسن رض ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رح وما ذكر في الاصل
قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين
بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل
ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها
في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي
من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية
له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة
طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر
واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر
وقال زفر رح لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل
لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله
مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر
وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها
دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى
ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق
للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث
انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت
ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح
نية الثلث **فصل** ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا
ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز
الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم
عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رح هو يقول ان الاكراه
لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار

الصبي

في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل. وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لانه غير قاصد لان صحة القصد بالعقل وقد زال فصار كزواله بالبنج او بالدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه. وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى. وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها او عبدا. وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتاويل ما روي ان الايقاع بالرجال. واذا تزوج العبد امراة ثم طلق وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى.

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع

بانقضا

بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمراة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا. واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث فيه لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان

وذلك بالزوجية او الجنسية والمنتى بعزل منها ولو قال انت طالق الطلاق
وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد
منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت
مدخولا بها ولو اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق
لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول
رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او رأسك
او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا
غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال
عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ووجه
العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال
دمه هدر ومنه النفس وهي ظاهرة وكذلك ان طلق جزءا شائعا
منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الشائع محل لسائر التصرفات
كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل
ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي
يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع
بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق
فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع
بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة
في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق
الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو
كما اذا اضاف الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق
ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد
ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليها بخلاف الجزء الشائع لانه محل

للنكاح

للنكاح عندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا
في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن
وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق
لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه
لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا
لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث
تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل
يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات
لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة
الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة
الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا في الاول هي ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر في الاول
لا يقع بها شيء وفي الثاني يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت
المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد
به الكل كما يقول لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد
الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين
الى سبعين ويريدون ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة
كما ذكرا والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة
ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه
موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه
لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب
والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف

الحساب وهو قول الحسن بن زياد رح ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء
لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها فان نوى
واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف
يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله
واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في
تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف
يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال
ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح
ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث
وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بينا ولو قال انت طالق من ههنا
الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رح هي بائنة لانه
وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع
في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال
في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار لان الطلاق
لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق
ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت
طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول
ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف
فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها
بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى
آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله
مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فهو يؤخذ

باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه بما قال
اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا اليوم كان اضافة والمضاف لا يتنجز
لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق
في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يدين في القضاء
خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه وهذا
يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف
في الحالين ولابي حنيفة رح انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرف
لا يقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين
آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا
لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد
نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظيره الاول في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر
ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لا يقع عليه شيء لانه اسنده الى حالة
معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق
ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره
من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده
الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي
انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع
شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي
او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق
الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما
صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى عز وجل
ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق

حتى يموت لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط
كما في قوله إن لم آت البصرة فأنت طالق وموتها بمنزلة موته هو الصحيح
ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك وإذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت
عند أبي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت قال الله
عز وجل إذا الشمس كورت وقال قائلهم وإذا تكون كريهة أدعى لها
وإذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال
لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس
كما في قوله متى شئت ولأبي حنيفة رح أنه يستعمل للشرط أيضا قال قائلهم
استغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل فإن أريد
به الشرط لم تطلق في الحال وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك
والاحتمال بخلاف مسألة المشية لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها
وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف
فيما إذا لم تكن له نية أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط
يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت
طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع
المضاف فيقعان إن كان مدخولا بها وهو قول زفر رح لأنه وجد
زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان أنت طالق قبل أن يفرغ منها
وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لأن البر
هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وأصله من حلف
لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك
في الأيمان إن شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق
فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن
بفعل ممتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر

ورا

ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد
به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم
الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه
نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة
هو اللغة **فصل** ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى
طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق
وقال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح
مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين
وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافا إليه كما يصح
مضافا إليها كما في الإبانة والتحريم ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها
دون الزوج ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان
لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة
بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم
لأنه لإزالة الحل وهو مشترك بينهما فيصح مضافا إليهما ولا يصح إضافة
الطلاق إلا إليها ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء قال رضي
كذا في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رح
آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد
في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء
ولا فرق بين المسألتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان
له أنه أدخل الشك في الواحدة بدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط
اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه
أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد
كان الوقوع بذكر العدد ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا

الطلاق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع
في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة
على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشرط داخلا
في الايقاع فلا يقع شيء واذا قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء
لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها
ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امراته او شقصا منها او ملكت
المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين المالكين اما ملكها
اياه فلا يجتمع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح
ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها
لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي
لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق
لما قلنا من المنافاة وعن محمد رح انه يقع لان العدة واجبة
بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له وان قال
لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها
ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما
والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم يتعلق به والمذكور بهذه
الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا
عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق
يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق
فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين [illegible]
مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا ان مع
العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط واذا قال اذا جاء
غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد

لم تحل

لم تحل حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رح وقال محمد رح زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق
المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا
عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة
مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسالة
الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق
المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان
الامة حرمة غليظة بخلاف المسالة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى
فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط
وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق
لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق
لانه علته فيقترنان **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ومن
قال لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى
فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة
اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا
الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان
لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومتين
منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين
يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى
ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل
هكذا تقع واحدة لانه لو لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت
طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل
ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان

بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف
المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا
انه وصفه بما يحتمله الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به
فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة
بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث كما مر من قبل
ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع
تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا
اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف
باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال
اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان
او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق
الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة انه
لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في حالة
الحيض فلا بد من النية وعن محمد رح انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق
الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض
فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة
لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا
وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحيده
ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالالف او ملء البيت
فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بما
وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما يصح
نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بها التشبيه
في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف رجل ويراد به القوة فيصح

نية

نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رح انه يقع الثلث
عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد وظاهر اختصاره كما قال
انت طالق كعدد الالف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه
في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية
يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح انه متى شبه الطلاق بشيء يقع
بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي
زيادة وصف وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا
اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد
اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف
بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح
وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس
الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة
او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه
وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن
ابي يوسف رح انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو
نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر وقد تقع
بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته
ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه
طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة
فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل
ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة
اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى
في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق



واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال
انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف
بالعدد وكان الواقع هو العدد وان ماتت قبل ذكر العدد فات المحل
قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بيناه وهذا كان
ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها
واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف
الظرف ان قرنها بحرف الكناية كانت صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد
قبله عمرو وان لم يقرنها بها الكناية كانت صفة للمذكور اولا كقولك جاءني زيد
قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه
فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع
الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى
ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة
للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى
في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فيقعان
وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى
فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان
ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان
لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله معها انه يقع واحدة لان
الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة وفي المدخول بها يقع ثنتان
في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند ابي حنيفة
وقالا يقع ثنتان وان قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت
الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فيقعن جملة

كما اذا نص

كما اذا نص على الثلاث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران
والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة
فلا يقع الزائد على الواحد بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام
فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف
ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رح وذكر الفقيه
ابو الليث رح انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح
واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة
الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته
قال وهي على ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة
وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانه يحتمل
من النكاح ويحتمل اعتدادا نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي
طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد
لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها
واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة
فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون
واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره
يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى
او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله
واحدة ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث
ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام
لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى
بها الطلاق كانت واحدة بائنة فان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى
ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام

وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك
وفارقتك وامرك بيدك وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي
واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد
من النية **قال** الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق
في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله عنه
سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك
ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق
وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام منها ما يصلح جوابا وردا
وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة
الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية
لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا
في القضاء مثل قوله خلية برية بتة بتلة حرام بائن اعتدي امرك بيدك
اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق
فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري
هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حال الغضب يصدق
في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح
للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق
فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رح في قوله
لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق
في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى
الثلث الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها
طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص العدد
والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله

مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على
ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها
بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها
والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت
الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة
الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية تثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا
خلافا لزفر رح لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي
اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء
لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان
الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى
بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق
بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق
حيث لا يقع شيء لانه الظاهر يكذبه وبخلاف ما لو قال نويت بالثالثة
الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين
لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق
مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق **فصل في الاختيار**

واذا قال لامرأته اختاري
ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت
في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها
لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها
والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت
ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب وتارة بالاشتغال
بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها

يجوز والقيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك
الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها
في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله
اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى
الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض
الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من
ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق
هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها
وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار
لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه
او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل
لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح
تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت
اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن
اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء
في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي
يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري
فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى لان كلامها مفسر وما نواه
الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي
فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار
كما اذا قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث
عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره
النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز

في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي
لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا
اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري
اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا
في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج
الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر
لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب
يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع
في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد
من ضروراته فاذا لغي في حق الاصل لغي في حق البناء ولو قالت
اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت
بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد
اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة
يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة
فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك
في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك
الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت
قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد
لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيار فصار كانها قالت
اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث ولو قالت قد طلقت نفسي
واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة
نعت لمصدر محذوف وهي في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة

الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة تمليكها امرها فكذا
تخرج جوابا له فيصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع
وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص
ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه
من قبل ✽ ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليلة
وان ردت الامر في يومها بطل امرها ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد
لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر
اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد
الآخر ✽ وقال زفر رح هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وغدا
قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر الاول باليوم
وجعل الثاني امرا مبتدأ ✽ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل
الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد
لانه امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما
لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال
امرك بيدك في يومين ✽ وعن ابي حنيفة رح انها اذا ردت الامر
في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد
الايقاع ✽ وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها
الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير
بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما ✽ وعن ابي يوسف رح انه
اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران
لانه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم ✽ وان قال امرك بيدك
يوم يقدم فلان فقدم فلان نهارا ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان
الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه

من قبل



من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته ✽ وان جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت
يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها
لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر
على المجلس وقد بيناه من قبل ✽ ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت
لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف
على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه
تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول
ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ✽ ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام
لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم
ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه
او يدل على الاعراض ✽ وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به ✽ وقوله ما لم تأخذ
في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ✽ ولو كانت قائمة
فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي ✽ وكذا
اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة
الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت ✽ قال رضي الله عنه
هذا رواية الجامع الصغير ✽ وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا
خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا ✽ والاول
هو الاصح ✽ ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف
ولو قالت ادعوا ابي استشره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها
لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود ✽ فلا يكون
دليل الاعراض ✽ وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على
خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها
والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا يرى

انه لم يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر **فصل في المشية**
ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت
نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك
وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس
فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا يعمل فيه
نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية
لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد
الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك
فقالت قد ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق
لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق
او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت
موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو
تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت
نفسي تطليقة باينة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه
ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك
او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي
فقال الزوج اجزت لا يقع شي الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل
جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع
بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق
وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه
تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها
بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر
على المجلس ويقبل الرجوع وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق

نفسها

نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما
اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها
في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس
بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا
ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس
للزوج ان يرجع وقال زفر رح هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية
كعدمه لانه يتصرف عن مشيته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت
ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق
يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله وان قال طلقي نفسك ثلثا فطلقت
واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فيملك ايقاع الواحدة ضرورة
ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شي عند ابي حنيفة رح
وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج
الفا ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتداة وهذا
لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد
مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل
المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى
لانها ملكت الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغى
وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت باينة او امرها بالباين فطلقت
رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك
واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة باينة فتقع رجعية لانها
اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل
ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة باينة فتقول طلقت نفسي
واحدة رجعية فيقع باينة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج

لا عين صفة المفوض اليها في جعلها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون
تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها
الزوج بائنا ✱ وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة
لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت
الثلث فلم يوجد الشرط ✱ ولو قال طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت
ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست مشية للواحدة
كايقاعها ✱ وقالا تقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما
ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ✱ ولو قال لها انت طالق
ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق
بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد
وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ✱ ولا يقع الطلاق بقوله
شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المراة ذكر الطلاق
ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال
شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتداء اذ المشية تنبئ
عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود ✱ وكذا
اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر لم يجئ
بعد لما ذكرنا ان الماتي به مشية معلقة فلم يقع الطلاق وبطل الامر
وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق
بشرط كائن تنجيز ✱ ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت
او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة
متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت
شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت
الذي شائت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة

لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك
تطليقا بعد تطليق ✱ واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة
ان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج
بالشك ✱ وقد مر من قبل ✱ ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق
نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار
الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه
بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث ✱ وليس لها ان تطلق
نفسها ثلثا بكلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع
ولا تملك الايقاع جملة وجمعا ✱ ولو قال لها انت طالق حيث شئت
او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها
لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان
فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به
حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما ✱
وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة
ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال
الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين
مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة
او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة فبقي
ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب
التخيير ✱ قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما
لا يقع ما لم توقع المراة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف
العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق
اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول

وبعده. وقال ابو حنيفة رح ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت
والتفويض في صفته يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه
وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت
لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت. وان قامت
من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو
خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال. وان قال لها طلقي نفسك
من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق
ثلثا عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم
وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي
ما شئت او طلق من نسائي من شاءت. ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة
للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار
السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان
على الخلاف.

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق
الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك
فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع
لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح. ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود
الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع
عند الشرط والملك متيقن عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم
بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي
والزهري رح وغيرهما. واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل
ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق
لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا
او ايقاعا. ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه

الى ملكه



الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين
وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة
اليه لانه ظاهر عند سببه. فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت
طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافها
الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما. والفاظ الشرط ان واذا واذا ما
وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ
مما يليها افعال فيكون علامات على الحنث. ثم كلمة ان حرف للشرط لانه
ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها. وكلمة كل ليس بشرط حقيقة
لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انها
الحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر
قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها
غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الشرط مرة يتم الشرط ولا بقاء
لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت
جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار. قال فان تزوجها بعد ذلك
اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع لان باستيفاء الطلقات الثلث
المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف
زفر رح وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى. ولو دخلت على نفس التزوج
بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد
زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج
وذلك غير محصور. قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد
الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين. ثم ان وجد الشرط في ملكه
انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء
ولا يبقى اليمين لما قلنا. وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط

ولم يقع شيء لانعدام المحلية، وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج
الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه
منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه، فان كان الشرط
لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت
فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة
ووقوع الطلاق استحسان، والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق
كما في الدخول، وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك
الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة
في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها، وكذا لو قال ان كنت
تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت
احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك
طلقت ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا، ولا يتيقن بكذبها لانها
لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب، وفي حقها ان تعلق
الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل
وهي عدم المحبة، واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع
الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا
استمر ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف
انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء، ولو قال لها اذا حضت حيضة
فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل
منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك
بالطهر، واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس
في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار
بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه

تغرب

وشرطه

وشرطه، ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت
جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول
لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان، وانقضت العدة لانها لو ولدت
الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى
به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان
وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء
فاذا في حال يقع واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى
ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا، والعدة منقضية بيقين لما بينا
وان قال ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة
فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف
فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى، وقال زفر رح لا يقع وهذه على وجوه
اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا
في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع
ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني
في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما
في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك
يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال
فيصح اليمين وعند تمام الشرط ينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما
بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله
وهو الذمة، ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها
ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت
الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح هي طالق ما بقي
من الطلاق وهو قول زفر رح، واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون

الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رح لا يهدم فتعود اليه
بما بقي وتستبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال ان دخلت الدار فانت
طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثنتين فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت
الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رح يقع الثلاث لان
الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين
ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم
ما يحدث واليمين تعقد للحمل او المنع واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات
بتنجيز الثلث المبطل للمحلية ولا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء
باق لبقاء محله ولو قال لامرأته ان جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها
فلما التقى الختانان طلقت ان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه
ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة
وعن ابي يوسف رح انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود
الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد ووجه الظاهر ان الجماع
ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج
لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد
بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو
من احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف
رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع
لوجود الجماع **فصل في الاستثناء** واذا قال لامرأته انت طالق
ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق
وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون
تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون
اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده
رجوعا عن الاول **قال** وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء
خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل
بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت
طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة
والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم
بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة
الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده
ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا
للفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا
ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة
ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء
باب طلاق المريض واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا
فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث
لها وقال الشافعي رح لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت
بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية
سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير
عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح
في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف
ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه
عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال
لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة
لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها ولو قالت طلقني للرجعة

فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم يكن بسؤالها راضية
ببطلان حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك
فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك
ومن الميراث عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز اقراره ووصيته وان طلقها
ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك
ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر رح فان لها جميع ما اوصى
وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية
وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة
صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا يرى انه تقبل شهادته لها ويجوز
وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة
والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة
الاولى ولابي حنيفة رح في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار
الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها ليزيد حقها والزوجان
قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله
زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر
الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة
فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال
فطلق امراته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص
او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بيناه ان امراة
الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق
بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون
بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض
في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به

حكم

حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان
الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي
بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات
تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه
لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش
بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس
الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان
الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث
وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار
وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل
نفسه او بفعل المراة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة
والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا
كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق او بفعل
الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان
التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق
منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة
والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح ترث لان المعلق بالشرط
ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق
السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد
تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه
يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض
وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر

عنها واما الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط
في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك
وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام
الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع
من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار
واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال
انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رح
وهو قول زفر رح لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة
فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض
ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رح ترث لانه قصد الفرار حين اوقع
في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء
فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها
يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله
ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد
بل طاوعت ابن الزوج في الجماع ورثت ووجه الفرق انها
بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له
بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي
الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح
لانها اثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات
الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف
امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رح لا ترث
وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق

بفعل

بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها
وقد بينا الوجه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث
وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت وقد ذكرنا وجهه قال
والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا
انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا
انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه باب الرجعة
واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها
رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل
ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمى
امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك
بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا
صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطأها او يقبلها
او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وعند الشافعي رح
لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح
حتى يحرم وطيها وعندنا هو استدامة على ما بينا وستقرره ان شاء الله
والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة
فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس
والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب
وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها
في العدة فلو كان رجعة لطلقها فيطول العدة عليها قال ويستحب ان
يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح
في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رح لقوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد

ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء
كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر
فيها وما تلاه محمول عليه الا يرى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب
ويستحب ان يعلمها كي لا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال
قد كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول
قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق
ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف
في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج
قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة
رح وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا
الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة
له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رح انها صادفت
حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت
دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة
الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره
بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء
العدة قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول
قولها عند ابي حنيفة رح وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له
فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول
حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها
ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح
لانها منقضية العدة وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله
بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة

عندها

عندها ولا يظهر ملكه مع العدة فان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج
والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به
واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان
لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها
وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض
فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد
من ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات
بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة
زايدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وهذا استحسان وقال محمد رح اذا تيممت انقطعت الرجعة وهذا قياس
لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت
بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة
ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء
الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية
اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم
جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء
فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت
قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى
الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم
الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو
يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع
الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل
لانه لا يتسارع اليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رح

ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله
هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء
ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام
الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل
واطئا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة
وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان
يثبت به الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها
لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة فان خلا بها
واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة
لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة
حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على
القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال
لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة
لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن
هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار
الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم
لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت
ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة
اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق
عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق
حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان
قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة

فالولد

فالولد الثاني رجعة وكذا الولد الثالث لانها اذا جاءت بالاول
وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق
بوطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين
معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا
ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الولد الثالث ووجبت العدة بالاقراء
لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية
تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة
والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل
عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة
لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها
فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها
وقال زفر رح له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا
ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل
لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة
فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة
فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك
الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق
الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي رح يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود
القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها
لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم
وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة
لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على
ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا



ودون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رح وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رح يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد ما وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن

الى الوطء

وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى المؤقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وقال محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلاث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة يحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك او والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان وطيها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث ويسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة رضي الله عنهم وزيد بن ثابت رضي الله عنه وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع

بأجله إلى انقضاء المدة وإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين
لأنها كانت موقتة به وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة
ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد
منع الحق بعد البينونة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت
بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها
فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج فإن تزوجها ثالثا
عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لما بينا فإن تزوجها
بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي
فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لإطلاقها
وعدم الحنث فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فإن حلف على أقل
من أربعة أشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا إيلاء
فيما دون أربعة أشهر ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع
وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول مدة لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه
بلفظة الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين
الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا
بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه
فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا
خلافا لزفر رح هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة
فتمت مدة المنع ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشي
يلزمه ويمكنه ههنا لأن المستثنى يوم منكر بخلاف الإجارة لأن الصرف
إلى الآخر لتصحيحها فإنه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم
والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال

وهو

وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لأنه يمكنه
القربان من غير شي يلزمه بالإخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج أو بصوم
أو بصدقة أو بعتق أو بطلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر
الشرط والجزاء وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف
بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف رح فإنه
يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شي وهما يقولان البيع موهوم
فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق
صاحبتها وكل ذلك مانع وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وإن
آلى من البائنة لم يكن موليا لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية
ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء
مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية ولو قال لأجنبية والله لا أقربك
أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام في
مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك فإن قربها
كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه ومدة إيلاء الأمة شهران لأن
هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وإن كان
المولي مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة
لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء
ففيئه أن يقول بلسانه فئت إليها فإن قال ذلك سقط الإيلاء وقال
الشافعي رح لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي رح لأنه لو كان
فيئا لكان حنثا ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان
وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك
الفيء وصار فيئه الجماع لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف
وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته فإن قال أردت الكذب

فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا
وان قال اردت به الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث
وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت به الظهار فهو ظهار
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه
بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة
والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين
يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره
في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق
من غير نية بحكم العرف **باب الخلع** اذا تشاق الزوجان وخافا
ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به
لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع
بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة
ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن
الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم
لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له
ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان
زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال
فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كره له
ان يأخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا
لاطلاق ما تلونا بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس
بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا شيئان
الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل به في حق الاباحة لمعارض فبقي

معمولا في حق الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال
لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة
تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض
عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة
المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر
وهي النفس تحقيقا للمساواة **قال** وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع
المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل
العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول
وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع
وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء
عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب
المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع
على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب
او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي
بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف
النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه فيه انه شريف فلم يشرع
تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة
الى ايجاب المال **قال** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا
في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت
له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها
لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها
فلم يكن في يدها شيء ردت اليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج
راضيا بالزوال الا بالعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة

ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب
ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه • ولو قالت خالعني على ما في يدي من الدراهم
او من دراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع
واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه
فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم
عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة
العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل
بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح • واذا قالت طلقني ثلثا بالف
فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت
كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض
ينقسم على المعوض • والطلاق باين لوجوب المال • وان قالت طلقني ثلثا
على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة رح ويملك الرجعة
وقالا هي واحدة باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء
في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم
سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن
بالله شيئا • ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار
كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء
واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء
لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع ويملك الرجعة
ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة
لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف
قوله طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى
ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله

انت طالق

انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف
بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك
والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده
والطلاق باين لما قلنا • ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت
او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء
عليهما عند ابي حنيفة رح • وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف
اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق • ولهما ان هذا الكلام يستعمل
في المعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم
وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيه الاستقلال
ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار
او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج
وهو جايز اذا كان للمرأة وان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد
طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رح • وقالا الخيار باطل
في الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد
الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين
لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها
بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط
الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء
المجلس ولا خيار في الايمان • وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق
ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت
فالقول قول الزوج • ومن قال لغيره بعتك هذا العبد امس بالف درهم
فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري • ووجه الفرق ان الطلاق

بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه
اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به يكون اقرارا بما لا يتم الا به فكان
القبول رجوعا عنه قال والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق
لكل واحد من الجانبين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه في الخلع
ومع ابي حنيفة رح في المباراة لمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات
يعتبر المشروط لا غيره ولابي يوسف رح ان المباراة مفاعلة من البراءة
فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة
الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة
الى الانقطاع في الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل
ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما
في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها
لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم
والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا
يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال
واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية
ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق
بسائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف
عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف
على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق
لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله
الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر

توقف

توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها
فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله
وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله
في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس
عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل
ما يلزم لها **باب الظهار** واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر
امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره
لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الآية الى ان قال فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل
حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه
منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها
بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام
بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى
الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله
تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام
للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان
شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه
ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال
انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه
المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا
شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه
من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي
كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها

عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشايع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق
ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه وان قال
اردت به الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام
وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو
لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين
لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق
وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل
على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان
ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رح
هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان
كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا
فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان
التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء
وعلى قول محمد رح ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي
ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى
لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند ابي حنيفة رح اذا نوى
الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه
ولابي حنيفة رح انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه
قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لا يكون
مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق
بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار
باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس

لكن

يجى من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه
من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا
منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق
اليهن وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة
والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة
فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين
فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد
الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق
والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية
للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا ويجزي في الرقبة الكافرة
والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على
هولاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي
رح يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدوه
الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده
من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال الى سوء اختياره
ولا تجزي العميا ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفايت جنس المنفعة
وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة
فهو غير مانع حتى يجوز العورا ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين
من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا
مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي
اذ هو متعذر عليه ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر
لان الفايت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة

بان فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم
وهو الاخرس لا يجزيه ۝ ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان قوة البطش
بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع
بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق
يجزيه لان الاختلال غير مانع ۝ ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما
الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال
لان اعتاقه يكون ببدل ۝ وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من كل
وجه ۝ ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير
لانهما لا يحتملان الانفساخ ۝ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا
للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق
قائم من كل وجه على ما بينا لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض
فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله
الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة
او لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب ۝ فان اشترى
اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها خلافا للشافعي رح
وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين ۝ والمسئلة تاتيك في الايمان
ان شاء الله تعالى ۝ فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز لانه تملك نصيب صاحبه بالضمان
فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق
معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض
ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان
ومثله يمنع الكفارة ۝ وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها

جاز



جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها
بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك ۝ وهذا على اصل
ابي حنيفة رح اما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل
فلا يكون اعتاقا بكلامين ۝ فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي
ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده
وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده
وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس ۝ واذا لم يجد المظاهر
ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم
الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر
رمضان لا يقع عن كفارة الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله والصوم
في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل ۝ فان جامع التي
ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم
عند ابي حنيفة ومحمد رح ۝ وقال ابو يوسف رح لا يستانف لانه لا يمنع التتابع
اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا
ففيما ذهبا اليه تقديم البعض ۝ وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط
في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص
وهذا الشرط ينعدم به فيستانف ۝ وان افطر يوما منهما بعذر او بغير عذر
استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة ۝ وان ظاهر العبد لم يجزه في
الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق
المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه ۝
واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا ۝ ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا

من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن صامت
وسهل بن صخر رضي الله عنهما لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر
دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك
مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر
او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وهو الطعام وان امر
غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير
قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم
جاز قليلا ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا
بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب
منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين
من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء
وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم
صبي فطيم لم يجزه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير
ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط وان اعطى مسكينا
واحدا ستين يوما جاز وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه
لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع
اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف
واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل
لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد
بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص
وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لان الله تعالى
ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله
لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع

المعنى في غيره لانعدام المشروعية في نفسه قال واذا اطعم عن ظهارين
ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار
وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما
فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في
الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى
يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان
دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا
فرق في الدفع لانه في الدفع الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه
كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احديهما بعينها جاز عنهما
وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز
لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة
او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار
وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزيه عن احدهما في الفصلين
وقال الشافعي رح له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات
كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل
ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما
لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة فتلغو
وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارات ههنا
باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين من قضاء رمضان
ينوي عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء
والنذر فانه لا بد فيه من التعيين

باب اللعان

قال واذا قذف
الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها

او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل
ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن
قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس
وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة
واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن
في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف
وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا فنقول
لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد
ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا
لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة
كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب
الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف
حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق
فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق
مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه
او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا
من النص الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت
حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة
على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا
في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته
فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون

المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل الشهادة وهي
امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان
صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة
وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد
كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم
وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة
تحت المملوك ولو كانا محدودين في القذف فعليه الحد لان امتناع اللعان
لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي
بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين
فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين
فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات
تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا
وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني
به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال
وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع
الاحتمال قال فاذا التعنا لم تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال
زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت
الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع
ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام
كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة
تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي انتسب اليه كما في
العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رح

هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد
ولكنا ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان
ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان قال وان كان
القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان
ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك
به من نفي الولد وكذا في جانب المراة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر
في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي
عليه السلام نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان
المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء
بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه
واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره قال فان عاد الزوج
واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها
وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو
التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت
لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونة
فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج
لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف
وفيه خلاف الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود
تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول
ابي حنيفة رح وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف
ومحمد رح اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو
معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا

اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك حمل
فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل
من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي
الحمل وقال الشافعي رح ينفيه لان النبي عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها
حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال
قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل
ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل فيها التهنئة وتبتاع آلة
الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس
لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس
لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال
الناس مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة
او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي
ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على
الاصلين قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف
بالثاني يثبت نسبهما لانهما توامان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه
اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت
نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار
بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية
وفي ذلك التلاعن كذا هذا **باب العنين وغيره** واذا كان الزوج عنينا اجله
الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك
هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها
في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية

فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول
الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات
الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة
تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي
هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود
وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة
ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة
لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها واذا اختلف الزوج
والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه
ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف
بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء
فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف
الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما
في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل
العنين لان وطأه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها
وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن
تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج وان نكل
خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل
فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها
خيار بعد ذلك لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة
القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك
في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان

بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رح ترد بالعيوب الخمسة
وهو الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء
حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك
من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ
فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو
التمكين وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار
لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر
عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق
ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما
يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل
امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض
فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء
والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت
للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها
والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ حقيقة فيهما
اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك
والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق
يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله
عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت
ممن لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
الاية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية وان كانت
حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن

ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة
لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه لو استطعت
لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه
يتجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر
لقوله عز وجل ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا
فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته
ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال
عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها
وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد
الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ثلث
حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا
فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع
قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة
اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق
تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه
لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما
ولو قتل على ردته حتى ورثته امراته فعدتها على هذا الاختلاف
وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت
الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت
الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر

لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها
لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت وان كانت آيسة
فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف
العدة بالحيض ومعناه اذا رات على العادة لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك
باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت
حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين المبدل والبدل
والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة
والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو
المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض
وقال الشافعي رح حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت
الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فشابهت عدة النكاح ثم
امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت
ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امراته
وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت
النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات
الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها
بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي
وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور
فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة
الحمل فافترقا ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت

لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما قال واذا اتت امرأة الصبي بولد فلا يثبت
نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح
يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض
لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض
كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى
وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا
واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية
وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة
وانه عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين
في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحد
فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها
ومع تركها الكف والمعتدة عن وفات اذا وطئت بشبهة تعتد
بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان
وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفات عقيب الوفات
فان لم تعلم بالطلاق او الوفات حتى مضت مدة العدة فقد انقضت
عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفات فيعتبر ابتداؤها
من وقت وجود السبب ومشايخنا رح يفتون في الطلاق ان
ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح
الفاسد عقيب التفريق بينهما او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر
من اخر الوطئات لان الوطي هو السبب الموجب ولنا ان كل
وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة
لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد
فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره

ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي لخفائه ومساس
الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي
وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك
وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها نصف المهر
وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال
المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق
الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني
ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده
حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي
مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب
يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح
بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رح لا عدة عليها اصلا
لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه
ما قلنا قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت
الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا
كله قول ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف
فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح
وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة
فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا
بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى
لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق

بني آدم والحمل ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان يكون حاملا
لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز ولا يطا
كالحبلى من الزنا والاول اصح فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الاحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله
عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت
فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا
وقال الشافعي رح لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت
زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء
وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح
الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت
حتى كان لها ان تغسله قبل الابانة لا بعدها والاحداد ويقال الحداد
وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب
وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى
فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه
الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة من النكاح فتجتنبها كيلا تصير
ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم ياذن
للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة
الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد
الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك
امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير
اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا
ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة

الطيب

الطيب قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا
على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها
مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع
من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس
في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها
نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة الاصل ولا ينبغي ان تخطب
المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم
فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا
الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال
ابن عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج
وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد
ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج ليلا ولا نهارا
والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها
اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان
ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن
لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج
نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة
لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة
عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها
وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال
وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت
المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها
الزوج كان لها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام

للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان
نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت
لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما
اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر
ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلث لا بد من سترة
بينهما ثم لا باس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف
عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى
ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة
فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت
المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها فان كان
بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى منزلها لانه ليس
بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان
الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها
من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج
قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان معها محرم
فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح
دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر
وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع للخروج من عدم المحرم
فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة
ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها

فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب
فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح
فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله
في حال النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال
النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه
جعل واطيا حكما فتاكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت
به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة
لجواز انها تكون ممتدة الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها
لانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة
ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا
بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق
بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا
والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل
ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت
النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت
لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا
ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة قال فان كانت
المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به
لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يثبت
النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء
العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر
فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل
الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب

عدتها وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر
العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان
وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة
سواء لان باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها
ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رح اذا جاءت به بعد انقضاء
عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء
عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا
في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل
بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل
البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت
بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه يعني من وقت الاقرار لانه ظهر كذبها بيقين
فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان
الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول
كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رح
الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون
هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة
وقال ابو يوسف ومحمد رح يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة
تشهد بالولادة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب
والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح
ولابي حنيفة رح ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس
بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة
بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة

عن وفاة

عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو
ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم
اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان
الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا
لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر
منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون
منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به
الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت
بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن
لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف
وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت
ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ
ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا
من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف
ومن قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة
لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال
عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة
انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن
ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان
الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما
يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها

حجة فيها على ما بينا وكذا إن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو
الولادة ولأنه لا تجوز مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة قال
وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى
في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل. وأقله ستة أشهر لقوله تعالى
وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر
والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين. والحجة عليه ما رويناه والظاهر
أنها قالته سماعا إذ العقل لا يهتدي إليه. ومن تزوج أمة فطلقها
ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها
لزمه وإلا لم يلزمه لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق
سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث
إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا إذا كان الطلاق واحدا
بائنا أو رجعيا أما إذا كان اثنتين ثبت النسب إلى سنتين من
وقت الطلاق لأنها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا
إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء. ومن قال لأمته إن كان في بطنك
ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده لأن الحاجة
إلى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع. ومن
قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته
فهي امرأته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان
والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت
بالنكاح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك
اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح. وجه الاستحسان أن المسألة
فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح
الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة. ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت

الورثة أنها أم الولد فلا ميراث لها لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في
دفع الرق لا في استحقاق الإرث **باب الولد من أحق به** وإذا وقعت
الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روي أن امرأة قالت
يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء
وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي
ولأن الأم أشفق عليه وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر وإليه
أشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله
حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون
والنفقة على الأب على ما نذكر. ولا تجبر الأم عليها لأنها عست تعجز عن الحضانة
فإن لم تكن أم فأم الأم أولى وإن بعدت لأن هذه الولاية تستفاد
من قبل الأمهات. فإن لم تكن فأم الأب أولى من الأخوات لأنها
من الأمهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولد
فإن لم تكن جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات
الأبوين ولهذا قدمن في الميراث. وفي رواية الخالة أولى من الأخت
لأب لقوله عليه السلام الخالة والدة. وقيل في قوله تعالى ورفع أبويه
على العرش إنها كانت خالته. وتقدم الأخت لأب وأم لأنها أشفق
ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب لأن الحق لهن من قبل الأم
ثم الخالات أولى من العمات ترجيحا لقرابة الأم. وينزلن كما نزلت
الأخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم ثم العمات ينزلن
كذلك. وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ولأن زوج
الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر قال إلا الجدة
إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه فينظر له وكذا كل زوج هو
ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة ومن سقط حقها

بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال وان لم تكن
للصبي امراة من اهله واختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا
لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة
لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة
والام والجدة اولى بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده
ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب
وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة
على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب والتخلق
باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف
والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام
والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة
اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها تدفع الى الاب
اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام
والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى
تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا يؤاجرها للخدمة
فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال
والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد
لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد
لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها
المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك
واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رح
لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير قلنا انه لقصور عقله يختار

من عنده

من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده
فوفق لاختيار الانظر بدعائه صلى الله عليه وسلم او يحمل على ما اذا كان
بالغا فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها
ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان
الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام
من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي ذميا وان ارادت
الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب
الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في جامع
الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه
فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد
وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا
وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود
النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا
بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا
الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر فلا باس به
لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب
وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت
او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها
والاصل في ذلك قوله تعالى رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن عليكم
رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من

كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل
في الصدقات وهذه الدلايل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة
والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا
اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين
يجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت
معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق
نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح
لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند
امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف
اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر
الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص
انه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف
الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه على الموسر
مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية
لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها
فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا
فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت
الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف
ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم
والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها
فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب
ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة
على ما نبين وقال الشافعي رح لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده

كما في المملو

كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان
عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على
الجماع وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله
فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة في دين فلا نفقة لها لان فوت
الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا
اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة
والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا
اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة
لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة
عليه ولو سافر معها الزوج يجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه
عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت
في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع
من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس
قائم فانه يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه
الحيض وعن ابي يوسف رح انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة
لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن
وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا
ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وكذا ذكر في بعض النسخ
ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها
واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من خادم واحد
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يفرض لخادمين لانها
تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد
يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا

فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه
من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله
في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رح
لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن
اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي
رح يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق
كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه
يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير
دينا بفرض القاضي فتستوفى في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض
ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير
امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها
بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف
بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل
حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها
وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة
او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة
صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها
الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة
القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر
لانه عوض واذا مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور
سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات

تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله
تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر
الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات
لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رح وعلى هذا
الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل
الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره ولهما انه صلة وقد اتصل به
القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا
لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رح انها
اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها لانه يسير فصار
في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه
اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجبت في ذمته لوجود سببه وقد ظهر
وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله
ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت
وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة واذا تزوج الحر امة فبوأها مولاها
معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه
في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه
فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته
الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها
ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة



فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله
الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه
مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه

كرزق القاضي وعطاء المقاتلة صح

وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس

لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع
زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت بانتقاص
حقها. وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا.
ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل.
وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل
ملكه فله حق المنع من دخول ملكه. ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في
اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك
ضرر. وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة
في اللبات وتطويل الكلام. وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين
ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة. وفي حق غيرهما من المحارم
التقدير بسنة وهو الصحيح. واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف
به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب
وولده الصغار ووالديه. وكذلك اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به
لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها
ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه. واقرار صاحب اليد
مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل
بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه
ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب. فاذا ثبت في حقه تعدى
الى الغائب. وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب
في الدين. وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير
او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه
لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق
اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما



ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف متاعه لا يقضي على الغائب لانه
لا يعرف متاعه. ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت
النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها. فرق بين هذا وبين الميراث
اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ
منهم الكفيل عند ابي حنيفة رح لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو
الزوج. ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب. قال ولا يقضي بنفقة
في مال غائب الا لهؤلاء. ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي
ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم. اما غيرهم من المحارم
فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه. والقضاء على الغائب لا يجوز.
ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف
مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة
لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب. وقال زفر رح
يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها
فقد اخذت حقها وان جحد يحلف وان نكل فقد صدق وان اقامت
بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة. وعمل القضاة اليوم
على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه.
وفي هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها.

فصل

واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا. وقال
الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا. اما الرجعي فلان النكاح
بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي. واما البائن فوجه قوله ما روي
عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله
صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى. ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا
لا يجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه

بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا
ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود
بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان
لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده
عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب الله وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري
اصدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت
واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها
زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة
منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط
فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له
بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل
المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت
حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر
بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم
الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست
نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها
وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق
لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان
المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع
الفرق فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد
كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

والمولود له

والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه
لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر
عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها
بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان
يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة
للصبي عن الضياع قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها اما استئجار
الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر
لها وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز
لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر
ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا
في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية
وفي رواية اخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاول
انه باق في حق بعض الاحكام ولو استأجرها وهي منكوحته او معتدته
لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها
فاستأجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية
وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها
فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها
اشفق فكان نظر الصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج
عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها
ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير
واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج
وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه

وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به
وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة
وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال أما إذا كان
فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا **فصل**
وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه
في دينه أما الأبوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت
في الأبوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى
ويتركهما يموتان جوعا وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء
والأمهات ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم تسببوا
لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين وشرط الفقر لأنه لو كان
ذا مال فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره ولا يمتنع
ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد
الولد أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة بالعقد لاحتباسها لحق له
مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء
المرء في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره فكذا لا تمتنع نفقة جزئه
إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا
مستأمنين لأنا نهينا عن المبرة في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب
على النصراني نفقة أخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني
لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق
بالقرابة والمحرمية بالحديث ولأن القرابة موجبة للصلة ومع
الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان
النفقة فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا

افترقا

افترقا ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لأن لهما تأويلا في مال الولد
بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى
باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر
الرواية وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم
إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا
فقيرا زمنا أو أعمى لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة
والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم
مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة
الحاجة لتحقق العجز فإن القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الأبوين
لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما
مع قدرتهما على الكسب **قال** وتجب ذلك على قدر الميراث ويجبر عليه
لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولأن الغرم بالغنم
والجبر لإيفاء حق مستحق **قال** وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن
على أبويه أثلاثا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث لأن الميراث لهما
على هذا المقدار قال رضي الله عنه هو الذي ذكره رواية الخصاف
والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق
على الرواية الأولى أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت
عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية
فيه فتشاركه الأم وفي غير الولد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير
على الأم والجد أثلاثا والنفقة المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات
أخماسا على قدر الميراث غير أن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه فإن المعسر

اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا
نفقة مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره
ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه
بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير ثم اليسار مقدر بالنصاب
فيما روي عن ابي يوسف رح وعن محمد رح انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه
وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر
في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول
لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال
قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه
في نفقته جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز
وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها
بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة
وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رح ان للاب ولاية الحفظ
في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته
وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها
وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف
في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس
حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول
على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه بنفقته لانه جنس حقه
واذا كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما
استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما قدمنا وقد اخذا
جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي
ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ولا انابة لانه نائب في الحفظ

لا غير

لا غير بخلاف ما اذا امر القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن
لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا فيه واذا قضى
القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة
سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار
وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها
تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان يأذن
القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه
كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة **فصل**
وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله عليه السلام في المماليك انهم
اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون
ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا
لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك
وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها
اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما
وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان
تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف
سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها
الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب
الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف
انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف
مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو
منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمراة
الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر العاقل

البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك
للمملوك وآ البلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا
لا يملكه الولي عليه وآ العقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا
لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق
اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة
منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه
ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد
غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وآ واذا قال
لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك
فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة
فيه شرعا وعرفا فاغنى بذلك عن النية وآ الوضع وان كان في الاخبار
فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما
ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة
لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق
يعتق لانه نداء بما هو صريح وآ وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور
وهذا هو حقيقة فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي
ثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا
ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه
بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه
لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذلك لو قال
راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر
لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وآ وقد مر في الطلاق
وآ ان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف

فيه ان شاء الله تعالى وآ ان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة
كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رح وآ الكلام فيه كالكلام في الطلاق
وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وآ ان لم ينو
لم يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك
فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك
مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك وقد خليت سبيلك لانه
يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة
كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة
قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف رح بخلاف طلقتك على ما نبين
من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق
لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده
وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي
عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا
فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسئلة
اذا كان يولد مثله لمثله وان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا
ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة
بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه
يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه
منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وجه
المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي
عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم
والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل
فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد

قوله وثبت على ذلك معناه لم يقل اخطأت او غلطت خبازي

نسب معروف فتعين الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام
لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل
فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال
عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى
ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل
مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر
يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رح لا يعتق في الثاني
لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام
لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق
فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام
المنادي الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك
الوصف في المنادي استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر
على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان
للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها
حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء
فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رح شاذا انه يعتق فيهما
والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه
ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت
من غير اضافة والامر كما اخبر واذا قال لغلام لا يولد مثله لمثله
هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح
لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق
ولابي حنيفة رح انه محال بحقيقته لكنه صحيح لمجازه لانه اخبار عن حريته
من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا

اوصلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا
ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم
من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد لانه
لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك
فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان
القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص
وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة
في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له
اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي
ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي
قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له
في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل
مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة
ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق
ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف
وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى
وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق
او باين او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وقال الشافعي رح يعتق اذا نوى
وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم رح
له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين
اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد
من شرطه والتاقيت مبطل له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك
ولهذا يصلح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا

ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا
انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق
رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر
ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق
يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين
فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا
عما فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال
لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني
عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء
من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك
رأس الحر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر
عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ
بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي رح
يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس
او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع
الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد
ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية
فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض
وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما
اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب
اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام

لعدم

يقدر على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان
العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا للمقصود العقد
وعن ابي حنيفة رح انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع
وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية
ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب
عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبده لوجه الله تعالى
او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله
ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين
الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل
في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل واذا اضاف العتق الى ملك او شرط
صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه
في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق
بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما
عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم
عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء
وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها وان اعتق الحمل خاصة
عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه
تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته
لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة
الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق
الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين
لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة
واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف

قيامه وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى
مدة الحمل وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا
هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها
مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه
بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان
الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها
في وصف الحرية كما يتبعها في وصف المملوكية والمرقوقية والتدبير
وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى
نصف عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة
وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق
وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته
الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة
حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما
لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد وله
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك
لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرفات
ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل
ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة
عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية
لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده
لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك
في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا
لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه

لان المكاتب

لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط
لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ
وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم
والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه
وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد
واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان
موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه
وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق
وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك
بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار
والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه
المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه
والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني
قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا
سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه
عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته
في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان
او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير
وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنا لان به
يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال
بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد
بما ضمن لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق

من جهته لعدم التجزي وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق لقيام
ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده والتضمين لأن المعتق جان عليه
بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق
ولوازمه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام
مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء
فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد عتق
بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه
لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حالة إعسار المعتق
إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين
لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا
لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته
بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت
أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رح في الموسر
كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب
لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد
ليس بجان ولا راض ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت
فتعين ما عيناه قلنا إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتني
على احتباس المالية فيصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية
والضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين
على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو
معسرين عند أبي حنيفة رح وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر
معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا
في زعمه عند أبي حنيفة رح وقد حرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه

فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا
لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار
لأن حقه في الحالين في أحد الشيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية
عنده وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء
لهما لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق
نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين
فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية بدعوى العتاق على صاحبه
لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر
والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل
واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بينا إذ المعتق
معسر وإن كان أحدهما معسرا والآخر موسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي
الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه
ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا
للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل
واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على
إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا
فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري دخل أم لا
عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح
وقال محمد رح يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول
ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم
فإنه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية
لأن أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى
بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه

لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان وسنأتي بالتفريع عليه
على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق
ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه
بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد
الواحد المقضي له والمقضي عليه معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى
الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه
اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا
اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى
العبد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته
ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه
رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه
بالاعتاق لان شراءه اعتاق فصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق
احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له
باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو
الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا
وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار
فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية
عنه لان الحكم يدار على السبب كما لو قال لغيره كل هذا الطعام وهو
مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى
الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب
لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس
ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رح لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده

وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح
وقالا يضمن ان كان موسرا معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله
فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلاثة
نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان
فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد كله
للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا
واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كالاعتاق
لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه
وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يعتق نصيبه او يدبر
او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق
على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا
وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره
غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق
غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل
حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير
لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق
لانه عند ذلك مدبر مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا
المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف
وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان
من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه
للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا
عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف
باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق
لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر واذا كانت جارية
بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما وتخدم يوما
للمنكر عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها
ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه
كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع
قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه
في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة
ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة
فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء
لانه يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار
بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد
فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كان ام ولد بينهما فاعتقها احدهما
وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها
لان مالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة وعلى هذا الاصل
تبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها
منتفع بها وطيا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت
عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا
لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت

منفعة

منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رح ان التقوم
بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى
لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال
وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة
الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط
التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق
مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر
من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم **باب عتق احد
العبدين** ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل
اخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف
كل واحد من الاخرين عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح
كذلك الا في العبد الاخر فانه عتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب
الاول دار بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق
رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت
استفاد بالايجاب الثاني ربعا اخر لان الثاني دار بينه وبين الداخل
فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول
فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول
لغى وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع
ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا
النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما
الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت
وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان
انه دار بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه

النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف
قال كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين
سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا
الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثه ومن الاخرين من كل
واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية
ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة
على سبعة وجميع المال على احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى
في اربعة ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة اسهم
فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رح يجعل
كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق
بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق
وهن غير مدخولات ومات قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه
ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد
خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع
احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر لانه لم يبق
محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير
فتعين له الاخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير الابقاء
الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الاخر دلالة
وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد
مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق
جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن
ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه

تمليك

تمليك وكذا لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا
وكذا لو وطئ احديهما لما بينا ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما
لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق لان الوطئ لا يحل الا في الملك
واحديهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع
في المنكرة وهي معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطئها
على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه
او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطئ يصادف المعينة
بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ
يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود
من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء قال ومن قال
لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية
ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد
لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا
الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق
في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل
واحدة وتسعى في النصف اما الغلام فيرق في الحالين فلهذا يكون عبدا
وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية
صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق
واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية
الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما
ولو كانت الجارية كبيرة لم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام
بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق

الجارية الكبيرة وصحة النكول مبني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية
وان كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام
ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف
على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا
من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه
فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان تكون في وصية استحسانا
ذكره في العتاق وان شهدوا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة
ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح
الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة القائمة على عتق
العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة
على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة
الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما
ليس بشرط فقبلت الشهادة وان عدم الدعوى اما في الطلاق
عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها
ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم تكن
الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم
الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على
ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته
على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته
او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته
او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا
العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وعنه خلف

وهو الوارث

وهو الوارث او الوصي ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد
منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قيل لا تقبل
لانه ليس بوصية وقيل تقبل لشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال
ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا
ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط
الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا
لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن
قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك
في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي
على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال
كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت
لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال
لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ
يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو
من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه
منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه اذا قال
كل مملوك لي حر يدخل فيه الحامل فيدخل الحمل تبعا لها ولو قال كل مملوك املكه حر
بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الحال فاشترى
آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة
يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال
بقرينة السين وسوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال
مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال كل مملوك
املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي

كان عنده مدبر والا فليس بمدبر وان مات عتق من الثلث وقال
ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد
بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ
حقيقة للحال على ما بينا فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر
ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر
الحالة الراهنة والحالة المنتظرة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده
بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب
انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول
العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث
انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت
وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت
يصير كأنه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد
على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء
والحالة استقبال محض فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال
لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز
ذلك بسبب واحد **باب العتق على جعل** ومن اعتق عبده على مال
فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق
بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية
المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا
وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت
مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال يتناول
انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة
المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام

والمكيل

والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف
لانها يسيرة **قال** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك
مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه
يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء
وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار
مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون
التكدي فكان اذنا دلالة فان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد
ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر
لا يجبر على القبول وهو القياس لان هذا تصرف يمين اذ هو تعليق العتق
بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة
شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه
معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة
نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد
شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ
ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه
ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء
عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه
ويخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض **قال** ولو ادى البعض يجبر
على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض
وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق
لاستحقاقها ولو اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء
منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت

لا يقتصر لان اذا يستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي
بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت
فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر
على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال
الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل
بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا
صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات
من ساعته فعليه قيمة نفسه من ماله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
وقال محمد رح عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة
معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه قيمة خدمته اربع
سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد
فالخلاف فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية
بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما
وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية
بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا
بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم
على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر
لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع
العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي
ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق
جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني
على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب
القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء

الفقه

الاقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء
وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل
عنه ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه
ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني
وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

واذا قال المولى لعبده اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر
او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير
فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه
الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط
فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد
ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام
لا يباع المدبر ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب
الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال
اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان
اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف
سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين
واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق
وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا
ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز
وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويواجره
وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك ثابت له وبه
يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث
ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت

والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره
يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين سعى في كل قيمته لتقدم الدين
على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر
وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير بموته
على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا
فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك
الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن
لا محالة وان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر
من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق
تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت
الى سنة او الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله
لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها
ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض
مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت منهما على ما عرف
في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال يبقى الجزئية حكما باعتبار
النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في
حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها
وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع
واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذلك
اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر
باصله قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك
فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به

وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب
بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة
يقصد بها قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة
بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه
فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه من غير
اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين
الولد مقصودا فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله
لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي
الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج
وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل
عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل
عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر
هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف
ومحمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو
في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان
ولد الحرة حر وولد القنة قن والنسب يثبت من الزوج لان الفراش
له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام
ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره
ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت
من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن
من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين
كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية

عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن
بالغصب عند أبي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر
لأنه مال متقوم. وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها
وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق
في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى
الإسلام فأبى فإن أسلم تبقى على حالها. له أن إزالة الذل عنها
بعدما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع
فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع
الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب
نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه أما لو أعتقت وهي مفلسة
تتوانى في الكسب. ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك
وما يعتقده. ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان
كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين
ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له ولو عجزت في حياته
لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب.
ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له ولو استولدها
بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان
وهو ولد المغرور له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت
من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد
حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب
هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد
الواحد إلى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه
الواسطة بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني وإنما يعتق

على الزاني

على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى
أخاه من الزنا لا يعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد
وهي غير ثابتة. وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه
ثبت نسبه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها
ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من
الكتاب. وإنما لا يضمن قيمة الولد لأنه انعلق حر الأصل لاستناد
الملك إلى ما قبل الاستيلاد. وإن وطئ أب الأب مع بقاء الأب
لم يثبت النسب لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب. ولو كان الأب
ميتا ثبت النسب من الجد كما يثبت من الأب لظهور ولايته عند
فقد الأب. وكفر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية. وإذا كانت
الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه
لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة
أنه لا يتجزى لما أن سببه لا يتجزى وهو العلوق إذ الولد الواحد
لا ينعلق من ماءين رجلين وصارت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزى
عندهما وعند أبي حنيفة رح يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه
إذ هو قابل للملك. ويضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل
الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لأنه وطئ جارية مشتركة إذ الملك يثبت
حكما للاستيلاد فيعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد
جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار
واطئا ملك نفسه. ولا يغرم قيمة ولدها لأن النسب يثبت مستندا
إلى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك. وإن ادعياه
معا ثبت نسبه منهما إذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع
إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد

لا يخلو من ماء من متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقول القائف في اسامة بن زيد رضي الله عنهما ولنا كتاب عمر رضي الله عنه
الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما
يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام
متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق
كل واحد كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر
او كان مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام
وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام
فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكان
قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به **قال** وكانت الامة ام ولد لهما
لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منهما ام ولد له
تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر
ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه
كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب
كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه
فان صدقه المكاتب ثبت نسبه منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر
تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو
الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه
والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن **قال** وعليه عقرها لانه لا يتقدمه
الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره **قال** وقيمة ولدها
لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه

فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك
له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا
انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما يثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال
حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

الايمان على ثلثة
اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فاليمين الغموس هو الحلف
على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام
من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار
وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة
اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فاشبه المعقودة
ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط
فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب
فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق
والمنعقدة هو الحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث
في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان
وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما
قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها
ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه وانما هو عمرو والاصل فيه
قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف
في تفسيره **قال** والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة
لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق
واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى
ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم
بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط

حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث
لا على حقيقة الذنب **باب ما يكون يمينا وما لا يكون** قال واليمين بالله تعالى
او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف
بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى
اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا
وما نعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه
يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال
وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف
ولان الرحمة قد تذكر ويراد بها اثر الرحمة وهو المطر او الجنة والغضب
والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف
بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي
والقرآن اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف
بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء
كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر
الحروف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة
العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخفض وقيل يخفض فيكون
الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل
بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق
الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى
وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه
يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله قالوا ولو قال

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى
والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف
بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة
في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا
في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله
ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره
محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال
العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي
يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال
سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وكذا قوله لعمر الله
وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين
وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا
قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله
والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام
من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وكذا اذا قال ان فعلت كذا
فهو يهودي او نصراني لانه جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب
الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم
الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل
وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي او نصراني والصحيح
انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف
يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت
كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق
ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان

او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ
والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف **فصل**
في كفارة اليمين **قال** وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار
وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه
الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار
والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة او
للتخيير فكان الواجب فيه احد الاشياء الثلثة **قال** فان لم يقدر على احد
هذه الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح
يتخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام
متتابعات وهو كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى
الكسوة مروي عن محمد رح وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه
ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى
عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار
القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه
بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا
ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه
غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه
صدقة **قال** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن
فلانا فينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف
على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر
عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر
للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام
فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر

لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا
مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رح
لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع
وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت
الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا
او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة
لان التحريم اذا ثبت يتناول كل جزء منها ولو قال كل حل على حرام فهو
على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما
فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان
ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف
الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول
المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف
اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا
رح قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا
ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست
راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير
نية للعرف **قال** ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام
من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بالشرط فوجد الشرط
فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز
عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي
حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو
قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا
لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل



الى اى الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله
مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف
على يمين فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام
من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال
لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين باب اليمين في الدخول والسكنى
قال ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة
لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا
دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة
وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف
يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة
فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت
الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى
على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث
ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء
حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة
وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف
في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت
ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها
لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام
واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به ولو حلف لا يدخل هذا البيت
فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات
فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف

وصف فيه فكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام
قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح
من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى السطح وقيل
في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها حنث ويجب ان يكون
على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق
الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن
الخارج من الدار قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث
بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام
له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال
من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه
في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل
من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة
من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين
تعقد للبر فيستثنى منها زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث
لان هذه الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها
مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت
يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه
محتمل كلامه قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه
واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه
فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة
كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كانت اليمين على المصر لا يتوقف
البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد
ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح

من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي
وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف
رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم
به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن
وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر
فان انتقل الى سكة اخرى او الى المسجد قالوا لا يبر ودليله في الزيادات
ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول
في حق الصلوة كذا هذا **باب اليمين في الخروج والركوب والاتيان**
وغير ذلك قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله
فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب
دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم
الامر ولو حمله برضاه لا بامره لم يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر
لا بمجرد الرضا قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها
ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي
بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم
رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج
هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى
يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا
ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو
الاصح لانه عبارة عن الزوال قال ولو حلف لياتين البصرة
فلم ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر
قبل ذلك مرجو ولو حلف لياتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة
الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير فقال اذا لم يمرض

ولم يمنعه

ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم ياته حنث وان نوى
استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة
فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلة وصحة الاسباب في المتعارف
فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه
ثم قيل تصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف
لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى
بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون
بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة
لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك
فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة
غاية فتنتهي اليمين بها كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج
فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا
اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فكف ثم ضربه
وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رح باظهارها ووجهه ان مراد
المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال
له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج الى منزله
فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال
وينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم
لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة
فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند
ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه
لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه
دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا

وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فيجعل الاضافة
الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة
وقال محمد رح يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه
للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا ياكل
من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى
ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة
حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا ياكل من هذا
البسر فصار رطبا فاكل لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب
او من هذا اللبن فصار الرطب تمرا وصار اللبن شيرازا لان صفة البسورة
والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول
فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي
او هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع
الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل
فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية
الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا من لحم الكبش قال ومن
حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل
رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل بسرا مذنبا حنث عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا
في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب
يسمى بسرا وصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب
ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب ما يكون على عكسه فيكون
اكله اكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء
لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير قال ولو حلف لا يشتري رطبا

فاشترى

فاشترى كباسة بسر فيها رطب لم يحنث لان الشرى يصادف الجملة
والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه
شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا
او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون
الشراء ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لم يحنث والقياس ان يحنث
لانه يسمى لحما في القران وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاه
من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث
لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع عن الحرام وكذا اذا اكل كبدا
او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا
لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن
خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين
لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى
انه ينشا من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله
في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية
فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا ياكل لحما
او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل
استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث
حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رح ان
له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز
كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الكتاب
حنث ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث

لان عينه غير مأكول فينصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث
هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر
اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان
ولو اكل خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه
يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم
حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف
لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي
عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة
ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا
للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو
اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل
من مرقة يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل
الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس
وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس الغنم والبقر
عند ابي حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان
كان العرف في زمانه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى
على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا يأكل فاكهة
فاكل عنبا او رمانا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او مشمشا
او بطيخا حنث وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حنث
في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه
به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس
فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ
وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء

والخيار

والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان
فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم
بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها
فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان
اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به
فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رح
لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له
كاللحم والبيض ونحوهما ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط
حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة
في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب
والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه
لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا
بادام وهو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر
الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال
يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور
من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه
ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلد
في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست
او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين
في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور
تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست
ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة

في محل الشرط فتعم فصحت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين
في القضاء ولو حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى
يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه
المتعارف المفهوم ولأن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة
ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا
وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف
بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة
ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق
وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح حنث في ذلك كله
يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله عز وجل
واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف
لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه يمكن القول
بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة
قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد
الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول
لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رح يحنث في الحال وفي الوجه الثاني
يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف رح فرق بين المطلق والموقت ووجه
الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث
قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا
بينهما ووجهه ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما
عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت
يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر

لعدم

لعدم التصور فلا يجب البر وتبطل اليمين كما اذا عقدها ابتداء في هذه
الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه
وحنث عقيبها وقال زفر رح لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل
حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن
حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى
واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة
كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسألة
الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور
فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث
يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه
فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات
المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رح لانه اذا لم ينتبه كان
كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه
فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان
الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع
وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق فانه يتم بالآذن
كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف
لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين فذكر الشهر
لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا
قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم
به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث
وان قرأ في غير الصلوة يحنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس
يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس

بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى
متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على
الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار
خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين
في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على
الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء
استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم
فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى
ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه
بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية
ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين فان مات فلان
سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رح لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن
والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده
التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية يتابد اليمين ومن حلف لا يكلم
عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع
فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث
لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك
او اضافة نسبة ولم يوجد فلم يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة
الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رح يحنث كالمرأة
والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف
لان المرأة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم

كالابتداء

كالابتداء ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه
لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك
وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها
او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يحنث في العبد ايضا وهو قول
زفر رح وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على
الاختلاف وجه قول محمد وزفر رح ان الاضافة للتعريف والاشارة
ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة فصار
كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه
لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط
منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة
نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم
وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه
الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان
فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار
شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو
وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر
لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال
الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر
قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وهذا هو الوسط فينصرف
اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد

لا يقصد به غالبا بمنزلة الابد فلو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان
يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا
اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه وكذا
الدهر عند ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو
وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به
الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك
منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات
لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال
ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول
اقل الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام
عند ابي حنيفة رح وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور
فهو على عشرة وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا
لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع
وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف
الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة
فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله
اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان
اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد
دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته
اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك
اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود
فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي
به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فتحقق الشرط وهو الولد

ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق
الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق
بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية
وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد
اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير فلا تثبت
في الميت فتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف
جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين
معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث
فانعدمت الاولية فان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث
لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق
في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا
ثم مات لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا
واذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف
بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال
وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من ثلث المال لان الآخرية لا تثبت
الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما اتصافه
بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق
الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه ومن قال
كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول
لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف
وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل

وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به الكفارة لم يجزه
لان الشرط قارن النية بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه وان اشترى
اباه ينوي عن كفارة يمين اجزاه عندنا خلافا لزفر رح والشافعي رح
لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات
الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شرى القريب
اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله
سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة
ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن
كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة
لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا يضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف
ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه
عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة
الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة
فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها
لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول
كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا
لزفر رح فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره
ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر
يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية
وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال
لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا

وهذه وهذا السنين ومن قال كل مملوك لي فهو حر يعتق امهات اولاده
ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة
ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا
لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت
الاضافة ولا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه
طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين
وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة
في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال
لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا

باب اليمين في البيع والشرى والتزوج وغيره

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري
او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان الفعل وجد من العاقد
حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه
فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد
الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان
لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج
او لا يطلق امراته او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل فيه هذا
سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد ترجع
الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة
وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده
او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية
ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الامر
فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت
ان لا اتولى الى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره

ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق
عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد
نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل حسي
يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه
فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا
فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عايدة اليه وهو التأدب
والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته
الايتمار عايدة اليه فيضاف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك
هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف
فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه
به وذلك ان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا
قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان
بامره او بغير امره علم ذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين
لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره
الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب
الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال
هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع
والملك فيه قايم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته
فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء
والملك قايم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا
العتق تعليقه فالمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه
فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته كذا
فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات

محلية

محلية البيع واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي
طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رح لا تطلق
لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها
فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ
وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد
لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها
علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء
ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة
ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس
التزموا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة
البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه
في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء
عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي
الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على
هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار
ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام
الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ
فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد
شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رح وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية
ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود

منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطلب لها فصار كما اذا شهدوا
انه لم يحج عامه الاعراق هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين
نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر
من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات
على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر
لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر
اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ
وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث
بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة
عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف
الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولو حلف
لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا
واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى
قطنا فغزلته ونسجته ولبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رح وقالا
ليس عليه ان يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي
التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك
او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا
من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج
والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت
من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف
لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا
حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث

لانه حلي

لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث
عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن
وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد
وان حلف لا ينام على فراش فنام على فراش وفوقه قرام حنث لانه
تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث
لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس
على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض
بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا



ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه
يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل
فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول وقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة
خاصة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت
ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة
لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت
لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس قال
وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت
ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو
ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد الموت يحنث لان الغسل هو الاسالة
ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد
شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل
لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا

فامرأته كذا وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدث الله
فيه وهو متصور فينعقد ثم حنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد
يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف
وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد
فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا
ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا
دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة
لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا
لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع
برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا
من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها
عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت
بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به فان وهبها له يعني الدين لم يبر
لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين
ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث
حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه
اذا اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث
الا به فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث
وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة
فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته
كذا فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود عرفا نفي ما زاد
على مائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك اذا

غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع
ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر في يمينه
لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي
فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت
محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا
على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد
فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر
الرواية ومن حلف ان يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل بر
في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد
تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار
السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين
ولو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق
له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا
للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا
يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة
فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة
حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم
التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة
ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار
والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق
فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي

متعذر فيكتفي بالظاهر قال والبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل
وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى
ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت
باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق
معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده فاذا شهدوا سألهم
الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى
لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط
في ذلك مندوب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب
او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود
كوطي جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك
وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا
في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء
قال عليه السلام ادرأوا الحدود ما استطعتم بخلاف الحقوق عند ابي حنيفة
وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال
في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس
فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال
والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات
في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط
البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب
للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفي بالاقرار مرة واحدة
اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة
الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه

فانه

فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في
اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة
اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا
لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس
اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار
والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف
بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حتى لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي
عن ابي حنيفة رح لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان
المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو
واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال
عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان
وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار
وقيل لو سأله عن الزمان جاز لجواز انه زنى في حال صباه فان رجع
المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله
وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد
باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار
كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار
وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد
كالقصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص
حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك
لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك مسستها او قبلتها
قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها
بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى فصل في كيفية الحد واقامته

وإذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجم بالحجارة حتى يموت لانه
عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف
وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه
الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن
علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة
فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي لا تشترط بدايته اعتبارا بالجلد
قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك
الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه
دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط
وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه
ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت
قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز اصنعوا به
كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا
ويصلى عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية بعدما رجمت
وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن
فبقي في حق غيره معمولا به قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا
متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته
والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني
عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار
لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد
ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب
وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه

لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال
الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق
الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه
وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات شيء منها بالضرب وذلك
اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا رجع اليه
وانما يضرب الرأس سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان
فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي
كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها
قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما
والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه
ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا
وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده
بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان
عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
نزلت في الاماء ولان الرق منصف للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية
عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك
سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو
والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول
الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما وتضرب جالسة
لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام
حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان
ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر
احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام

ما حصل بما عرف ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والكل
غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال
الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه
يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام
اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد
منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه
من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق
العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم
ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل
بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة
اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل
النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم
وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم
لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي متعذر ولان
الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال
والاصابة شبع بالوطي الحلال والاسلام ممكنة من نكاح المسلمة
وموكدا اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر
الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف
في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا
كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله
فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب
الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة
او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج

موصوفا

موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة
بذلك متكاملة اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب في الصبية
لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذارا عن رق الولد ولا ائتلاف
مع اختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه
ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا
الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم
لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان
زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه
ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رح يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة
المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا
الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا
لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة
وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه
كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام
الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه
قال الا ان يرى الامام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى الامام
وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي
فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب
المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرا كي لا يفضي الى الهلاك
ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل
لم تحد حتى تضع حملها كي لا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة

وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اى ترتفع يريد به تخرج
لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير
لاجل الولد وقد انفصل وعن ابى حنيفة رح انه يؤخر الى ان يستغنى
ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان فى التاخير صيانة الولد
عن الضياع وقد روى انه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت
ارجعى حتى يستغنى ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا
بالبينة كى لا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطى الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

قال الوطى الموجب للحد هو الزنا وانه فى عرف الشرع واللسان وطى الرجل المراة
فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق
عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود
بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة
فى المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه
ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية
تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا يتوقف على ظن الجانى
واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت
فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض
زنا فى الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه
ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية ابيه وامه
وزوجته والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال
وهى فى العدة وام الولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى
فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود
وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن ففى هذه المواضع لا حد

اذا قال

اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد
والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات
والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل
القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية
كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها حرام
على ثم الشبهة عند ابى حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه
وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح
المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امراته
ثلاثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام حد لزوال الملك
المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء
الحل وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف
ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان اثر الملك قائم
فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد وام الولد
اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث
لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الاثار فى العدة ولو قال لها
انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها
فى العدة وقال علمت انها على حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه رض
فمن مذهب عمر رضى الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب فى سائر الكنايات
وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطى
جارية ولده او ولد ولده وان قال علمت انها على حرام لان الشبهة
حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
والابوة قائمة فى حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه
واذا وطى جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لى فلا حد عليه

ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ
جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع
فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت
الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان
وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط
في الانتفاع فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت
اليه غير امراته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها فلا حد عليه وعليه المهر
قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار
في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امراته وبين غيرها في
اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف
لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امراة على فراشه فوطئها
فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل
وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم اللاتي في بيتها وكذا
اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته
اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن
تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن
يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقالا والشافعي عليه الحد اذا كان
عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور
وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات
ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده
والانثى من بنات آدم عليه السلام قابلة للتوالد وهو المقصود
وكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة
حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت

الا انه

الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما
دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امراة في الموضع
المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع
الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي
وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول
وروي فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء
الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في موجبه
من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع
باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة
الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي
في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على
السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة
فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي
لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق
ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة
وتحرق وذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في
دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي
يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام
لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام
منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها
لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه
كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده

بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة وان دخل
حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية
عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني
اذا زنى بحربية واما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو
قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا قوله
الآخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا
في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف
ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما
انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا
ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي
به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد
لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف
من حقوقهم اما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان الاصل
في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع
في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ
بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رح
ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن
مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد
عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف
اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد
واذا زنى الصبي او المجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها
وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رح

وان زنى

وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع
ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا
لان كل منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا
يسمى هو واطيا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية
للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية ولكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها
بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل
الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد
عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول يحد وهو قول زفر لان الانتشار لا يكون الا بالطاعة
الطاعة ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم
فاورث شبهة وان اكرهه غير السلطان فعليه الحد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد
لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره
وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان او بجماعة المسلمين
ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان
لانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا قالوا هذا
اختلاف عصر وزمان لانه لم يكن في زمنه لغير السلطان من القوة ما لا يمكن
دفعها وفي زمانهما ظهرت القوة لكل متغلب وفي زماننا كذلك فيصح شبهة لاسقاط
الحد ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت
هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه
وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم
بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما
لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه
قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمهما
وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة

وصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف ولهما ان اعتراض
سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع
ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان
يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع
لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى
لكونه معدوما وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينيها حيث يجب
عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث
شبهة وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد
عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى
واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد
بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة
بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا
المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم
لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف
خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر
او بزنى بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى
تبطل بالتقادم عندنا خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي
هو احد الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر
فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة
هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا
آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا
وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد

الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه
من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير
مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام
الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى فيه
ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال
ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد
ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد
اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة
في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب
بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه لان
الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار
في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي
وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن
محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة
وابي يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر
اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق
التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر
بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه واذا شهدوا على رجل انه زنى
بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي
شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر
بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال
انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى

عليه امراته وامته. وان شهد اثنان انه زنى بها فاستكرهها
وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو
قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على تحقق الموجب وتفرد
احدهما بزيادة جناية وهي الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف
المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي
الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي
الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك
وان شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة وآخران انه زنى بها
بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف
باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة
ولا يحد الشهود خلافا لزفر رح لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد
الصورة والمراة. وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة
ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان
والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء
في زاوية اخرى بالاضطراب ولان الواقع في وسط البيت
فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد كل
بحسب ما عنده. وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند
طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ
الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين
واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق. وان شهد اربعة على
امراة بالزنا وهي بكر درئ عنهما الحد لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة

ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط
الحد وليست بحجة في ايجابه ولهذا اسقط الحد عنهما ولا يجب عليهم. وان شهد
اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم
عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت
بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبيد ليس
باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء.
وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق
من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق
ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة
الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم
الزنا ولهذا امتنع الحدان. ويتاتى فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله
ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده. وان نقص عدد
الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة لهم عند نقصان
العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها. وان شهد اربعة
على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا
في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم
ولا على بيت المال ارش الضرب. وان رجم فديته على بيت المال.
قال رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات
من الضرب. وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما
يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز
عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم
فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم

وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب
مولم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب
وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح
كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة
اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى
تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان
لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد
ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم
قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل
وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد
لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع
وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة
ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال
الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص
وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة
وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان
قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا
ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته
فيجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليها وهو
القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن
في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع
واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد
حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق

الراجع

الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار
كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع
واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق
على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال
القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم
فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة
الاربع وان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع
من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم
فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه
اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رح على بيت المال
وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا
على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا
باحصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت
التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان
لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا
وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا
عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود
لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا
وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي
برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية
وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه
الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف

ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح
الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه الدية
في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين
لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال
لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت
المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره
واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم
لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت
منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط
لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب
الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه
بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي مر على اصله
ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط
في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبهت
حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما
اذا شهد ذميان على ذمي زنا عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا
لا يقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها
مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا
شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما
وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم
فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو
فرع ما تقدم والله اعلم **باب حد الشرب** ومن شرب الخمر

فأخذ

فأخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك
فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت
ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعدما ذهب
ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم
يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا
وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل
شعر يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا
وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان وجدتم
رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب
وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح
ممكن للمستدل وانما تشتبه ذلك على الجهال واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد
الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة
على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران
فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا
به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد
لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه
اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار
حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجدت منه رائحة
الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار

ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر
من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ولا يحد حتى يزول عنه السكر
تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة
رضي الله عنهم ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد
في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه
لم يرد به نص ووجه المشهور من الرواية انا اظهرنا التخفيف مرة
فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف
على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص
حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار
مرة واحدة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير
الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ولا يقبل فيه شهادة النساء
مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان
والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل
الرجل من المراة وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويخلط
كلامه لانه السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ
في اسبابها الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكران يغلب السرور
على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى
عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه
بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رح يعتبر ظهور اثره في مشيته
وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت بتفاوت الاشخاص فلا معنى
لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه
لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران
فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران

لا يبين

لا تبين منه امراته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر **باب حد**
القذف واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا وطالب
المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا
بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص
بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار
واحصان المقذوف لما تلونا ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد
من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا
غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان
القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون
المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه
تطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
اي الحرائر واما العقل والبلوغ فلان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم
تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن
والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار بالنسبة الى الزنا وكذا القاذف
صادق فيه ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت
امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن
الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه
الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به
حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب
المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه
ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن
الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف

محصنة بعد موتها وللابن ان يطالب بحد القذف للميت لانه يقع القدح في نسبه
بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد
القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة
ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث
بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت
لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا
جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول
القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا
فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف
محصن فياخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا
شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر
لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه
لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس
للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه
بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا
الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده
ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع
ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات
بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث
عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد
فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص
فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود

من شرع

من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل ذلك
تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد
تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق
الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا
كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع الا نيابة وهذا
هو الاصل المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث
اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه
لا يصح العفو من المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض
عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول
الشافعي ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام
والاول اظهر ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف
فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له
فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم
الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن
ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء
لان ماء السماء لقب به لصفائه وسماحته وان نسبه الى عمه او الى خاله
او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا
اما الاول فلقوله تعالى واله اباءك ابراهيم واسمعيل واسحق كان عما له
والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره
زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب
وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما
انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين

كاليمين المهموز وحالة الغضب والسباب يعين الفاحشة مرادا
بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت. وذكر الجبل انما يعين الصعود
مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه. ولو قال زنأت
على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه. ومن قال لآخر
يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه بل انت زان اذ هي
كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا
في الثاني. ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان
لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد
وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف
ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان
في معنى الحد. ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه
قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما
لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان
لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان
معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه
الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف
منه وعدمه منها فجاء ما قلنا. ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان
النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن. وان نفاه
ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري
صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل
التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد
ولده في الوجهين لاقراره به سابقا ولاحقا واللعان يصح بدون قطع
النسب كما يصح بدون الولد. فان قال ليس بابني ولا بابنك

فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا. ومن قذف
امرأة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد
حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها.
وهي ولادة الولد الذي لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها
وهي شرط. ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم امارة
الزنا منها. ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات
العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل
فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا
هو الوطء المحرم لعينه. وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا
فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا
الوطء في الملك والحرمة مؤبدة. فان كانت الحرمة موقتة
فالحرمة لغيره. وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع
او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد. بيانه اذا قذف
رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لان الحرمة لانعدام الملك
من وجه. وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها
شرعا لانعدام الملك. ولهذا وجب عليها الحد. ولو قذف رجلا اتى
امته المجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة فعليه الحد لان الحرمة
مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا.
وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول
زفر رح لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء
ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة. ولو قذف
رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا
هو الصحيح. ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة

في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم. ولو قذف مجوسيا
تزوج بامه ثم اسلم حد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد وهذا بناء على ان تزوج
المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح
واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد
وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما
ان لا يؤذي وموجب اذاه الحد. واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته
وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب. وهي تعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة لان له شهادة
على جنسه فترد تتمة لحده. فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين
لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد
بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة
له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده. وان ضرب
سوطا في حد قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد
الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون
رد الشهادة صفة له. وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذ الاقل
تابع للاكثر والاول اصح. ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد
فهو لذلك كله اما الاول فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى
الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود
من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف
فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رح
ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان
المغلب فيه حق العبد عنده والله اعلم

فصل في التعزير

ومن قذف

عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع
وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما
بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه
آذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير
الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب
به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام. ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر
لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه. وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل
ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة
بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن. والتعزير اكثره
تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ
التعزير خمسة وسبعين سوطا. والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا
في غير حد فهو من المعتدين. فاذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا
الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون
فنقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل
هو الحرية ثم نقص منه سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس
وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه
فقلده. ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان ما دونها
لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يعزر
بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس. وعن ابي يوسف
انه على قدر عظم الجرم وصغره. وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب
المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف
وان رأى الامام ان يضم اليه الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح
تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان يضم اليه

ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير
واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف
من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث
التفريق على الاعضاء ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت
بقول الصحابة ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان
سببه متيقن ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه
جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف
قال ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل
بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ
بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات
تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب غير انه
يجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون
الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره فصار كان الله تعالى
اماته من غير واسطة فلا يجب عليهم الضمان والله تعالى اعلم

كتاب السرقة السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية
والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع
وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله تعالى
والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما
اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار
وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي
لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من
يقوم مقامه قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ

قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة له فيه وجب القطع
والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد
من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء
الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير
وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير
بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك
بثلثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان
الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل
وهو المتيقن اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان
الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل
شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تايد ذلك بقوله عليه السلام
لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة
عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر
الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا
قيمتها اقل من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة
لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم
اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد
من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى
قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف
متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة
واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره
مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين

فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولكنا ان السرقة
ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار
بالشهادة لان الزيادة يفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار
شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار
والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط
الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال
ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في ساير الحقوق وينبغي
ان يسألهم الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها
لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود
للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل من عشرة لا يقطع لان الموجب
سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قال ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا
في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد
والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عايشة رضي الله
قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد مباحا في الاصل بصورته غير
مرغوب حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد
اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب
القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى
ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز
والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه
وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل

في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا
ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف رح انه يجب
القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي
والحجة عليهما ما ذكرناه قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن
واللحم والفاكهة الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر
الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله
اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل وما في معناه كاللحم والثمر لانه
يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيهما لقوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر واذا اواه الجرين او الجران قطع
قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم
هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر
والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة
المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها
ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية
ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان
عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه
وعن ابي يوسف مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت
الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر
ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له
على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية
وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية
تربي على النصاب ولا قطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز
فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها

ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا
الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها
الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة
فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى
لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز
ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال
وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته او حمله
الى مرضعته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي وهو نصاب
لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق
اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون
في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع
في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه
والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا
لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه
مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه
معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك
ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان
المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسهما
يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر
في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط
ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها
ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل لانها اموال محرزة
لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام

ويقطع

ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لان هذه الاشياء من اعز
الاموال وانفسها ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب
فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب
قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف
الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر
البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب
القطع في غير المركب واما الباب فاذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل
منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز
ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع
على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه
ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك
للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود
وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف
في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت
لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال
ولا من مال للسارق فيه شركة لما بينا ومن له على آخر عشرة دراهم
فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه
سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة
على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا
قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف

انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه
قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى
حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف
ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ
وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها
فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو
رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد
فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح
لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه
ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف
من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة
بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب
وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه
ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود
وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في قذف المقذوف
الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه
وقطع فيه فرده ثم نسج ثم عاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا
يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت
انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده
او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول للولاد وللبسوطة في المال
وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر
الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة

وفي الثانية خلاف الشافعي رح لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه
في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان
لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه
وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لانه
يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام
هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم
كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وهو اقرب من ذلك الاخت
من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف
التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد
من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن
بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الاخر خاصة
لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي للبسوطة في الاموال بينهما
عادة ودلالة وهو نظير الاختلاف في الشهادة ولو سرق المولى
من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم
لان له فيه نصيبا وهو الماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا
قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ
قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو
قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور
والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس
في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله
عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد
وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز
بدونه لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان

وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب
القطع الا بالاخراج لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب
القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق
بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو
الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن
المودع والمستعير فيه لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى
قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه
قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام
او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة
في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات
الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن
يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه
محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان
بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع
لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ
ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا
في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله
خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان
الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها
في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وان كانت دار
فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل
مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من
اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص

البيت فدخل واخذ المتاع وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما
لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل
خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد
وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على
الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما
القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه
في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء
غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة
كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج
مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه
يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع
لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيرها
مضاف اليه بسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا
جميعا قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس ان يقطع
الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة
به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى
وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون
للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت
وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الامالي
انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول
فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا
ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال
في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق

لان التمكن فيه بادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل
البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد * وان طر صرة خارجة من الكم
لم يقطع * وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط
من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وفي
الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم *
ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب
لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رح انه يقطع على كل حال لانه محرز اما
بالكم او بصاحبه * قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة
والاستراحة فاشبه الجوالق * وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع
لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق
والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون
الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع *
وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد
بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع
وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه
اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون
محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ
المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا
النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل * وذكر في بعض النسخ وصاحبه
نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول
المختار

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين
السارق من الزند ويحسم * فالقطع لما تلونا من قبل واليمين بقراءة
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول الى

الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح
ان النبي عليه السلام امر بقطع السارق من الزند * والحسم لقوله عليه السلام
فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف
وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد
في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال
الشافعي في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى
لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد
فاقطعوه * ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى
في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رض
اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي
عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك
معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود
والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن
جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان
السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع
لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت
رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة
او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام
فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطعت
لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت
الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش واذا قال
الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه
عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد * وقال

زفر رح لغمض في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو
الخطأ في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عذرا
وقيل يجعل عذرا ايضا لهما انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد
غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين
اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما
بغير حق ولا تأويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات
فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة انه
اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد
على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن
ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن
بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه
لم يقطع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد
لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالبه
بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار
عندنا خلافا للشافعي رح في الاقرار لان الجناية على ملك الغير لا تظهر
الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء
من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب
الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا
وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب
والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب
والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له
يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من
هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بالعين بخصومته حال قيام الرهن

قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه
والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده
وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر
في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع
في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين
عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد
فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة
ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض
كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر
الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة وان
قطع السارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال ان يقطع
السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب
عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة
في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق
الثاني قبل ان يقطع الاول او بعدما درئ القطع بشبهة يقطع
بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد
فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع
الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده
بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان
البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة
بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فيبقى تقديرا
واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه
وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رح يقطع

وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا
وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا
ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء
اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان
كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه
قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت قيمتها عن النصاب يعني قبل
الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا
يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين
لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله
اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين
المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعدما شهد
الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز
عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة
للحد وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع
بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا
لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان
السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما
وشهد الشاهدان على سرقتهما يقطع الآخر في قول ابي حنيفة الآخر
وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة
وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى
معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث
الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم

بعينها

بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى
وهو قول زفر معناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك
قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع
في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص
لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير
غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به
لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ونحن نقول
يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث
انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله
مقبول على الغير ولمحمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح
منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال مولاه يؤيده
ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع
ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو
الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي
في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع
وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في
حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا اقر الحر وقال الثوب الذي
في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان
لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار
بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة
البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى يسقط عصمة المال باعتباره
ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب

بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه
المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق
والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كان
مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن عنه
انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف
سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما
نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك
صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام
لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع
لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على
ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما
حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة
فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر
سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة
في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور
ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط
العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك
لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها
فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي
قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت
يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان
الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة ليظهر

السرقة ولم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت
اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى
لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي
اما الوجوب بالجناية فاذا استوفي فالمستوفي كل الواجب الا ترى
انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وهذا على الخلاف اذا كان النصب
كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي
عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك
وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار
كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الخرق وضع
سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان
كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ
وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة
الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ
الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة
فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان
يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار
تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع
لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة
يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير
الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق
عليها واصله في الغصب وهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له

ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وكذا على قولهما لا
لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك
عينه. فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف. وقال محمد يؤخذ منه الثوب
ويعطي ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب
اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى
حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك
في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق
بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد
قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب
المالك بما ذكرنا. وان صبغه اسود اخذ منه الثوب في المذهبين
يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد
عنده زيادة كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه
لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب
انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة
ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا
قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا
توبة. وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم
اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك
قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف. وان قتلوا ولم يأخذوا
مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي
اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى

فقطع

ولان

ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغليظ الحكم بتغلظها
اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض
بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط
القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة. والحالة الثانية
كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي لتكون
العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع
وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناول
ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي
الى تفويت جنس المنفعة. والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون
حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع
والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع
ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم او صلبهم وان شاء قتلهم وان شاء
صلبهم. وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة
فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب
الحدود كحد السرقة والرجم. ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت
لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال
ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا
في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر
في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير
ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب
فيخير فيه ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله
عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة



والوجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع
وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها
فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى
يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية
غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه
اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه واذا باشر احدهم القتل
اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون
البعض ردأ للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما
الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان
بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة
فان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه
القصاص واخذ منه الارش فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء
لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه
الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات
لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد
كما سقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا
فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا عنه لان الحد في هذه
الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان
التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس
والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان
اذا هلك في يده او استهلكه وان كان في القطاع صبي او مجنون
او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور
في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر

العقلاء

العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والرد
تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس
المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل
بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ
مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا
بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه
فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان
فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما الامتناع
ههنا لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فاذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء
لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا
واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد
فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر
او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون
قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه
يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث
وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق
لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع
الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر
لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق
ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء
لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسئلة
القتل بالمثقل وستبينه في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر
غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

كتاب السير

كتاب السير السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي
الشرع يختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى
اقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد
به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه
وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود
بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم
به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال
الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون
النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا
وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين
في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك
لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب
وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة
ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع
لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج
المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين
وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في فروض الاعيان كما في الصلوة
والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال
حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر
ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال
واذا لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى

بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان
وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص
فرس القاعد والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا دخل
المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام
لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما
حتى دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول
المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر
رسول الله صلى الله عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال
على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين
وعبدة الاوثان من العرب فلا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية
لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان
بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا
الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل
القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم ولا يجوز
ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام
في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم
بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري
فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة
لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان
والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار
ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم
غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق

القتال

ابنى هي وزن حبلى موضع بالشام وهو فلسطين

لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم
لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم
الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم
ولان الله تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان
به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام
على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة قال وارسلوا
عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق
الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا قال
ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي
دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر
ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد
بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم
لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه تعذر التمييز فعلا فقد امكن
قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة
عليهم لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف
حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد
بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا باس باخراج النساء
والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب
هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن
عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف
على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل
الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل
مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون

بالعهد

بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم
لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب
فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل
به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة
والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل
المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن مولاه لما بينا الا ان يهجم
العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا
لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة
من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين
منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا
فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله
من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح
عنده الكفر والحجة عليه ما بيناه وقد صح ان النبي عليه السلام نهى
عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى صلى الله عليه وسلم
امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال
الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المراة
ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا
لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان
يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان
وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب
نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره
ان يبتدئ الرجل اباه المشرك من المشركين فيقتله لقوله تعالى

ومصاحبهما في الدنيا معروفا. ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه
الاطلاق في افنائه. فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود
يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم. وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه
دفعه الا بقتله لا باس بقتله لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر
الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا والله اعلم

باب الموادعة ومن لا يجوز امانه واذا رأى الامام ان
يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين
فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها. ووادع رسول
الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم
عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان
المقصود وهو دفع الشر حاصل به. ولا يقتصر الحكم على المدة المروية
لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك
الجهاد صورة ومعنى. وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح
انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت
بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا
وابقاء العهد تركا لها صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر. ولا بد من اعتبار
مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن
ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك
ينتفي الغدر. قال وان بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه
بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا
نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم

ففعلهم

ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد
لانه باتفاقهم معنى. وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان
يأخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال
فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز
لما بينا من قبل. والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا
لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط
الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم
لانه مأخوذ بالقهر معنى. واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى
ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم
طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم
لما بينا ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم. ولو حاصر العدو
المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم
لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل
الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب
باي طريق يمكن. ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب
ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل
الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين
فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه اصل السلاح
وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا
حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه
بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل واذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة
او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم

والأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم
أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من
أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره ولأن سببه
لا يتجزى وهو الإيمان فكذا الأمان لا يتجزى فيتكامل كولاية الإنكاح
قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام
بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الإمام حصنا وأمن
واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته
على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما يفوت المصلحة بالتأخير
فكان معذورا ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين
قال ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم
فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى
الأمان عن المصلحة ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا
فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب
ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة رح
إلا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي
وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام
أمان العبد أمان رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه ولأنه مؤمن
ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الأمان
والإيمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع ليتحقق
إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق
جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة وإنما لا يملك المسايفة
لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولأبي حنيفة رح
أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله

بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه إنما
لا يملك المسايفة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن
احتمال الضرر في حقه والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطئ
بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون له لأنه رضي
به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام
فهو بمنزلة الدعوة إليه ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند سؤالهم
ذلك وإسقاط الفرض نفع فافترقا ولو أمن الصبي وهو لا يعقل
لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف
وإذا كان مأذونا له في القتال فالأصح أن يصح بالاتفاق والله أعلم

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهرا
فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام
بخيبر وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج
كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم
ولم يحمد من خالفه وفي كل ذلك قدوة فيتخير وقيل الأولى الأول
عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان
الثاني وهذا في العقار أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم
لأنه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المن إبطال
حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل
لقلته بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة
عليه ما رويناه ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين
العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين
يأتون من بعد والخراج وإن قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وإن من
بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم

العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم
لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان
فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا
ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى
ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين
فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا
للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد
السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة وقالا يفادى بهم
اسارى المسلمين وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو اولى
من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا
علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي
في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم
اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ياخذه منهم لا يجوز في المشهور
من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا
لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به
وهو مامون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى
خلافا للشافعي رح فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى
يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر
والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض
وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر
على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها
وقال الشافعي يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة

ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة
الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة ويحرق
الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار
ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار
الاسلام وقال الشافعي لا باس بذلك واصله ان الملك للغانمين
لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على
هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى
له ان سبب الملك الاستيلاء على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء
سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع
الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل
تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانية معدومة
لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف
ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم
الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد فانه
قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل
البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث
الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب
وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل
لمرض وغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان
يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد
انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة

عندنا الا باحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم
فيها لان بكل منهما يتم الملك فينقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل
سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد قوليه
يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد
معنى بتكثير السواد ولنا انه لم يوجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم
السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر
رضي الله عنه او تاويله ان يشهدها على قصد القتال وان لم يكن للامام
حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار
الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر
ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام
اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول لهم
وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان
للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة
وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم
في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحمل ضرر خاص ولا يجوز
بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف
الشافعي وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين في دار الحرب
فلا حق له في الغنيمة ومن مات بعد اخراجها الى دار الاسلام
فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز
وانما الملك بعده وقال الشافعي من مات بعد استقرار الهزيمة يورث
نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا باس بان يعلف العسكر
في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه

ارسله ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في روا
اخرى وجه الاول انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في
الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر
كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو
كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف
ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة
بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه
فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا استغنى عنه والدابة
مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت
قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن
ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه
من السلاح كل ذلك بغير قسمة وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له
سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه
لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة
وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم
لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك
فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة
واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة
الاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا
الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة
فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها
فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق
في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين

وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي
حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم
معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي
ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا
وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت
يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي
لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء
وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد
اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده
حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر وفي قول محمد
وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد
حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء
لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا
للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق
برقها والمسلم محل التملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام
الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون فلا تبعية
ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار
تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان
او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي
فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف
مع محمد لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه
فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر

معصومة

معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انها محرم التعرض
في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع
بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك
وليس في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب
لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت
والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك
قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده
الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد
اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت
بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة
تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار
في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز
ردوا قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني
يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل
فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة
فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة
الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم للفارس سهمان
وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي
لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اسهم للفارس
ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة
امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى
ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين
والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام

للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه
ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي
غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر
معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس
وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس
واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام
اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما ان
البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة
فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد
ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة
بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان ما
مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل
ترهبون به عدو الله واسم الخيل يطلق على البراذين والعراب
والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي وان كان في
الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل
واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب
فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى
فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وكذا روى
ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان
والاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء
الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده

والمجاوزة

والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال
يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه
اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها
والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال
متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فيقام المجاوزة
مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر
حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل
راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا
ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة
يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم
الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات دليل على انه لم يكن
من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط
سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حال القتال عند البعض والاصح انه يسقط
لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك
ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم حسب ما يرى الامام
لما روي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان
يرضخ لهم ولما استعان على اليهود باليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة
يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها
والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه
المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط
رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى
عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة
المولى فصار كالمستأجر للخدمة اذا قاتل والمرأة يرضخ لها اذا كانت

يداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال
فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه يقدر
على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل
لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت
فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس
من عمل الجهاد ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس
فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل
يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيء وقال
الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر
للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم
لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء
الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة
وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس
واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من
في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى
انه علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين
اصابعه دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة
قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه جل
وعلا وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه كان
عليه السلام يستحقه برسالته ولا رسول بعده ولانه سهم خاص للنبي
عليه السلام ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي عليه السلام
يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي
رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى

كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده
بالفقر قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي
سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة
نظرا الى المصرف فيحرمه كما يحرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح
ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط
حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا
لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس
وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور
انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة
قال وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم
الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام
ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد
والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول
من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس
معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى
يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون
التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ
لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه
وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام
لان حق الغير قد تاكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين
في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل

وغيره فيه سواء وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من
اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا
فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعثه له ولان القاتل مقبل
اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ
بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال
عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت
به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني
لما رويناه وزيادة العناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب
ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج
والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا
ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه
ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار
الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له
فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك
عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب
الضمان بالاتلاف وقد قيل على هذا الخلاف والله اعلم **باب استيلاء الكفار**
واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان
الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى
فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم
واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي
لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد

على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم
وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من
الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء
لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا
ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب
الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون
قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة
ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك
بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم
زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة
ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر
من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة
واذا دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار
الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه
وان شاء ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه دفع العوض
بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه
بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص
فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه
بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا ياخذه
لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فان اسروا
عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه
واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو
اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح

فلو اخذه اخذه بمثله فهو لا يفيد ولا يحط شيئا من الثمن لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع
صار المشتري فيه المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف
تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا
فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب
فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني
لان الاسر ما ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان
لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني
غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا
اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا
ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل
المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية
فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم
وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم
فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك
لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام
ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط
اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد
المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا
محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل
الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة يأخذه
المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما
قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن

اعادة

اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك
جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم
فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا
بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام
فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب
معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك
كله واخرجه فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع
بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء
اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد
واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب
عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق
معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط
وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام
مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين
في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار
فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي
ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام
فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج
الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار
يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة
في حقه الى زيادة تأكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى
والله اعلم

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا

فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا دمائهم لانه ضمن بالاستيمان
ان لا يتعرض لهم فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
الا اذا غدر بهم ملكهم واخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك
ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن
فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم يعني التاجر
فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال
مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق
به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل
المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا او غصب
احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما
على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية
وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام
فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه
صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم
على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين
لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب
اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة
حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا
انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم
دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب
ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده
الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد
واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا

او خطأ

او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة
فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار
الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص
لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة
المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله
في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين
فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل
الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ
والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان
على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا
ولابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم
ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز
اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة
لانه لا كفارة في العمد عندنا **فصل** واذا دخل الحربي الينا
مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام
ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي
لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه
يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة
اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة
ففصل بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة
لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه
فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم

فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيئا من الثمن لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع
صار المشتري فيه بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف
تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا
فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب
فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه من الثاني
لان الاسر ما ورد على ملكه ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء
لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني
غائبا ليس للاول ان ياخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا
اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا
ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل
المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية
فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم
وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم
فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك
لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام
ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط
اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد
المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا
للتملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل
الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه
المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشتري او مغنوما
قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن

اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك
جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم
فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا
بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام
فصاحبه ياخذه بالثمن ان شاء لما بينا وان ابق عبد اليهم وذهب
معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك
كله واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع
بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء
اعتبارا بحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد
واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب
عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق
معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط
وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام
مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين
في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار
فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي
ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام
فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج
الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار
يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة
في حقه الى زيادة تاكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى
والله اعلم

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا

فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا دمائهم لانه ضمن بالاستيمان
ان لا يتعرض لهم فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك
ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستامن
فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم يعني التاجر
فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال
مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق
به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل
المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا او غصب
احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما
على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية
وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام
فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه
صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم
على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين
لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب
اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة
حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا
انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم
دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب
ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد فمراده
الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد
واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا

او خطأ

او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة
فلاطلاق الكتاب واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار
الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص
لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة
المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله
في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها فان كانا اسيرين
فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل
الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ
والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان
على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا
ولابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم
ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز
اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة
لانه لا كفارة في العمد عندنا فصل واذا دخل الحربي الينا
مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام
ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي
لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه
يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة
اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة
ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة
لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه
فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم

الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت
في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقام بعد مقالة
الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان
عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا
وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض
خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة
خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد
الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج
الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم
الخراج فيعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع
عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل
عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية
لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان وتزوج
ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما
للمقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب
وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه
مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر
فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة
فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا
تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة
وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط
وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
اذا مات لان نفسه لم تصر معصومة فكذلك ماله وهذا لان حكم

الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف
المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح
المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها
عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا
بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ
رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة
المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين
وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب
واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا
بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال
اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هنا ثم ظهر
على الدار فذلك كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم
حربيون وهم كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت
حاملا لما قلنا واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا
لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين
لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف
الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء
فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا
تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه
مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك
فهو فيء اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد
الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم
الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون

بماله فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ
والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام
لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل
الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به
فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان
من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير
كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره
ولان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكاليف
والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل
فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال
دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس
فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار
لان العزة بالمنعة وكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار
منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا
من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما
خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على
عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر
بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه
لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء
اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو
العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي
له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد
هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود

ولهذا

ولهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق
للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهي
ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة ومن البصرة الى حد الشام
والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن
الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام
والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولانه
بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان
وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق
ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه
حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر
حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج
على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم
فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع
عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه
من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها عليها او فتحت عنوة وقسمت
بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث
يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي
ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله
عليه السلام افتتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي
الجامع الصغير كل ارض افتتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار

فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر
لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر
او بماء الخراج **قال** ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها
فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت
من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي
لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها
الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة
ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة وظفوا
عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احياها ببئر حفرها
او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها
احد فهي عشرية وكذا اذا احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها
الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار
الماء اذ هو سبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم
كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج
الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء
قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم
ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم وهذا هو المنقول
عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق
وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع
على ذلك ما قلناه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير
فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة والكرم اخفها مؤنة والمزارع
اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب
في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها **قال** وما سوى

ذلك

ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب
الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك
فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف
الخارج لا تزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم
الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة
واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك
كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان
قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام والنقصان عند قلة
الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض
ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل
على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد اعتبارا
بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين
اخبر بزيادة الطاقة ولو غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها
او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة
وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة
فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول
شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج
وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي
فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج
الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تتجرأ
الظلمة على اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج
على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه
على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ

منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي
الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج
واداؤه للمسلم من غير كراهية ولا عشر في الخارج من ارض الخراج
وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين
مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج
في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى
باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا
والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض
واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر
في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض
وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج
في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق
عشرا الا بوجوبه في كل الخارج والله اعلم

باب في الجزية

الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع
عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام بني نجران على الف
ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع
عليه التراضي وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام
على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة
ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى الوسط
الحال اربعة وعشرين درهما ياخذ منه في كل شهر درهمين وعلى
الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وهذا عندنا
وقال الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار
الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ

من

من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية
انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر
كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول
عن عمر رضي الله عنه وعثمان وعلي رضوان الله عليهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين
والانصار ولانه يجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة
خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال
وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول
على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت
لا تؤخذ منها الجزية وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى
من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الاية ووضع النبي عليه السلام
الجزية على المجوس وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رح
هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز
تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم
على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل
واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين
ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم
فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب
والمرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام
نشأ بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد
فلانه كفر بربه بعد ما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه
فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة
وعند الشافعي رح يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر
عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق

لنسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن
لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها
وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم
الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا
وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان
له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ
رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل
وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف
على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل
ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل
من القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب
فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم
ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا وذكر
محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل
وهو قول ابي يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو
الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا يقتل
عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل
ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه
جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما
له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض
فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد
ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر
ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام

ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع
الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة
في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا
والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى
وان اجتمعت عليه حولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ
منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ
فهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ منه وهو قول الشافعي رح وان مات
عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة
اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف
وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب
عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن
فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه
ولابي حنيفة انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بينا ولهذا لا تقبل منه
لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه
فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا
ويقول اعط الجزية يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت
تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا لما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه
ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ
على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق
الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب
عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب
عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة

ولكن ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه وتعذر
ايجابه بعد مضي الحول فلا يجب بدله فصل ولا يجوز احداث
بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام
ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة
اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة
الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة
للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع
للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي
تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا
يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي
عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة
وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام
لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز
عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون
الخيل ولا يحملون السلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار
الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون
بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم
والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم يكن علامة
مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب
ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار
من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم
عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات
كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا

ان يركبوا

ان يركبوا الا لضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين
فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون
عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع عن اداء الجزية
او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينقض عهده
لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام
باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض
ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عم
كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه والطارئ لا يرفعه قال ولا ينقض
العهد الا ان يلتحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا لانهم
صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب
واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق
لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق
بخلاف المرتد فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف
ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم
لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان
فكذا المضاعفة وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم وهو قول الشافعي رح
لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم
ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا ان هذا
مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف
مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى
انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية
وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر يضاعف لقوله عليه السلام

مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة
الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا
لا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة
لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم
مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى
مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل لهذه الصلة اصلا
لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه
قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه
اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد
الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم
وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه
مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد
لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا
كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال ومن مات
في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين
ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا
مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله تعالى عرض عليه الاسلام
فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح
وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب
لان الدعوة بلغته ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع
الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول
انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار ومن

وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك
او لم يطلب وعن الشافعي ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له
ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد
من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير
قيد الامهال وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي
بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب
لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته
ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ
عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام
كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب وانتفاء الضمان
لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل
وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها
جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشاركها فيه فتناسبها
في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل
تاخير الاجزية الى الدار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه
دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية
البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس
حتى تسلم لانها امتنعت من ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه
بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام
ولا تقتل حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الاجبار
فلما ذكرنا واما المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب
في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد
عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها

قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى
ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور
تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه
ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه
فتوقفنا فامره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم
ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب
وحكم الحاكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه وان مات
او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان
ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا كلاهما لورثته
وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم
هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة
باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته
اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة
انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان
وارثا له حالة الردة وبقي وارثا له الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة
اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة
ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت
وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد
السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث
من المبيع قبل القبض وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي
في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة
كسبها لورثتها لانه حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد

عند ابي حنيفة

عند ابي حنيفة وترثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها
ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها
بالردة بخلاف المرتد وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه
بها عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه
ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال
الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار
الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات
في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن
الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي
لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام
المتعلقة به وهي ما ذكرنا كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا
عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع
الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء
والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي
لزمته في حالة الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال
ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذا
رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدا بكسب الاسلام فان لم يف
بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق
بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي
وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة
ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه
الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث
فيقدم الدين عليه اما كسب الردة ليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك

بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه
كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون لجماعة المسلمين ولو كان ثمة
دين يقضي منه كذلك هنا ووجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة
وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر
بان لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال
ابو يوسف ومحمد يقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري
الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او تصرف
فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده
وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام
نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك
وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة
ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة
ولا مساواة بين المسلم والمرتد ومختلف في توقفه وهو ما عدده
لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية
لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل
ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امراة مسلمة يرثه
ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته
الا ان عند ابي يوسف يصح كما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده
الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند
محمد يصح كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا
عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة فانها
لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه وتوقف

الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير
امان فيؤخذ ويقهر فيتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه
القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية
بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية
وبخلاف المرأة فانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال وان عاد المرتد
بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته
من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا
عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث
عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل
مصحح فلا ينقض فلو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكأنه
لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت
له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد
فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت
الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب
اما صحة الاستيلاد فلما قدمنا واما الارث فلان الام اذا كانت
نصرانية فالولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم
المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم
لانه خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب
ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحق
بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم
لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء
القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار
الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما

جائزة وبدل الكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى
ابطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعل الوارث الذي هو خلفه
كالوكيل من جهته وحقوق العبد فيه يرجع الى الموكل والولاء لمن يقع
العتق عنه ۞ واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على
ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة
وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل
المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا له
لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده
ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفاته دون المكسوب في الردة
لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده ۞
واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات
على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات
من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول
فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع
يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار
اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو اذا لحق
ومعناه اذا قضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية
واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى
واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى
قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان
اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان
كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم

معصوم

معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه
لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد
السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار
كقيام الملك في حال بقاء اليمين ۞ واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب
واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي
فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا
فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك
اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى
انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى
واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت
المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم
جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد
الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي اربع مسائل
كلها على الروايتين الاولى قد بيناها والثانية صدقة الفطر والثالثة
جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة قال واذا ارتد الصبي الذي يعقل
ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه
اسلام ولا يرثه ابواه لانهما كافران وقال ابو يوسف ارتداده
ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي ارتداده
ليس بارتداد واسلامه ليس باسلام لانه في الاسلام تبع لابويه
فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما يشوبها المضرة فلا يؤهل له
ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام
اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام

وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد
على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة
عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي
بشوبه ولهم في ارادة انها ضرر محض بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف
لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد انها موجودة حقيقة
ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من
النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان
مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان
لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون
والسكران الذي لا يعقل والله اعلم **باب البغاة** اذا تغلب
قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود
الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك
باهل حروراء قبل قتاله لهم ولانه اهون الامرين فلعل الشر يندفع فيبدأ
به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم
قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام
المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا
واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه
لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر
مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع
وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم
على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح
ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك
ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله

من لزوم البيت

من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق
من الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم
واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم
ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك
في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه
ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي
رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو
القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة
فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم
مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بان يقاتلوا
بسلاحهم اذا احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع
على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه
ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت
قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل
عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى
لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا
فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم
بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع
الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع
الضرورة ولا استغنام فيها **قال** وما جباه اهل البغي من البلاد التي
غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية
الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ
من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه

فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى
مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم
مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا
فقراء كذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ياخذه
الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر
اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين
القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل
رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه
وتاويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك
لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل
باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان
على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على باطل لم يرثه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين
وهو قول الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله
لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل
العادل لا يجب الضمان عندنا وياثم وقال الشافعي في القديم انه يجب
وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه
اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما
قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل
فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق
الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا بد
فيها من الالزام والالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل
ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند

عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقادا وبخلاف الاثم لانه لا يتعدى في
حق الشارع واذا ثبت هذا فنقول في قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث
ولابي يوسف في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق
الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى
دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا
ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد
الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي
عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة
وممن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح
وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره
بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله اعلم

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط
مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال
اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار
ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي
لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت
جنايته فيه والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يامره
القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن
لغيره ان ياخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده وان ادعى
مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا
استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط
وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه

ثم قيل يصح في حق نسبه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده
ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس
والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما
علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه
وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت
دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام
الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين
او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال
الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه
دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة
او في كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا
رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا
في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان
لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية
ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية
الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ
اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه
لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه
ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة
فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى
من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد
مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان

مشدو

مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي
لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير
امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه
كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام
سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال
اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك
يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما
احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه
اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه
من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال رضي الله عنه
وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز
ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع
الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم
بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه
شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف
الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه
وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة
في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع
لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد
الشهود عليه وقال اخذتها للمالك وكذبه المالك
يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله

لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اخبر بسبب الضمان
وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك
فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف
عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه
علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال فان كانت اقل من عشرة
دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه
وهذه رواية عن ابي حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد
في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي
لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول
ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم
والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال
الفرج به وليست في معناها في تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول
احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي
المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض
الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك
ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف
ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع
فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا
يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه
اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف لكنه يبقى على ملك مالكه
لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق
بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك
بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب

على اعتبار

على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
قال فان جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء
امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع
لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة
فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة
فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه
باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول
مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده
لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما بعينه اخذه لانه وجد عين
ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك
والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا
الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة
مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع
ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة
يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما
في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور
ولايته عن ذمة المالك وان انفق عليها بامره كان ذلك دينا
على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد
يكون النظر في الانفاق على ما نبين واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه
فان كان للبهيمة منفعة آجرها الحاكم وانفق عليها من اجرتها لان
فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل
بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة
قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة

وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا
على صاحبها لأنه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين. قالوا إنما
يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها
فإن لم يظهر يأمر ببيعها لأن النفقة دارة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق
مدة مديدة. قال رضي الله عنه وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو
الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالإنفاق وإنما
يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء
وإن قال لا بينة لي يقول القاضي أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت
حتى ترجع على المالك إن كان صادقا ولا يرجع إن كان غاصبا
وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها إشارة إلى أنه
إنما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضي
الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الأصح. قال وإذا حضر يعني
المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حيي بنفقته فصار
كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك
راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين
النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس
لأنه يصير بالحبس شبه الرهن. ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي
يجب التعريف إلى أن يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل
لقطتها إلا لمنشدها. ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها
ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف
إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي أنه
لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط
التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا. وإذا حضر رجل فادعى اللقطة

لم يدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه
ولا يجبر على ذلك في القضاء. وقال مالك والشافعي يجبر على ذلك والعلامة
مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها. لهما أن صاحب اليد
ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة
من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه. ولنا أن اليد
حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك إلا أنه
يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها
وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه. وهذا للإباحة عملا بالمشهور
وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث. ويأخذ منه كفيلا إذا كان
يدفعها إليه استيثاقا. وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف
التكفيل لوارث غائب عنده. قال وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع
كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع
مالك ظاهر. ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق
لقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة
لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة. وإن كان الملتقط غنيا
لم يجز له أن ينتفع بها. وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث
أبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها
وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة
لها والغني يشاركه فيه. ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا
برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع
فيبقى ما وراءه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره
في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع
أبي رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه. وإن كان

الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين
ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته
وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في
حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل
تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ
الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة
ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق
الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة
ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك
فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط
وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان
الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب
اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر
وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل
على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير
بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال
دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ
في رد الآبق عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل
يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان
كان قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه
وهذا عند محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير
بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة
بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح ان المقصود حمل الغير

على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة
وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى
لما فيه من احياء ملكه ولو رده بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان
بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله
او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة
ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء
عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال
رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى
البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل
بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده
لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق
كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد
وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد
عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه
ليرده قال فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من
لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة
انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه
فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه
ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان العبد
رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء
منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن
وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته
مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي

على الراهن لان حقه بالفداء المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه
عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين
وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه
كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان
اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختاروا الدفع لعودها
اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب
في الهبة بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك
الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله
لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى
الرد فيه والله اعلم

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف
له موضع ولم يعلم احي هو او ميت نصب القاضي من يحفظ ماله
ويقوم عليه ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز
عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون
وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه
لا خفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه
من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه
ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض
في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة
القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض
من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء
على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه
ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته
ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة

ولا ف

ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له
ترك حفظ الصورة وهو ممكن **قال** وينفق على زوجته واولاده من ماله
وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد
والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي
ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء يكون حينئذ اعانة وكل من لا يستحقها
في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله لان النفقة في غيبته حينئذ تجب
بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث
من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت
والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم
في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة
وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب
وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا
ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين
والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا
ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة
والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر
وهذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر
القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق
ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه
فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين
الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك
لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما
تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود **قال** ولا يفرق بينه وبين امرأته

وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته
وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا
قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها
بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد
هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة
عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته
حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت
فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع
ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز
الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول
علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع
مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة
والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة **قال** واذا تم له مائة وعشرون
سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذا رواية
الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وفي ظاهر المذهب يقدر بموت
الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم
بتسعين سنة والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين
واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت
ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات
في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك
لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة
ولا يرث المفقود احدا اذا مات في حال فقده لان بقاءه حيا
في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق

وكذا

وكذا اذا اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود
وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي
وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن
ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا
على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث فيعطيان النصف لانه
متيقن به ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود
لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا
ان يظهر منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد
على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير
بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان
ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى
باتم من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها **قال**
الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين
يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب
الاخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه
الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان
عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما
او خلطاهما خلطا يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه
من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة
الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى
والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو
ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه

ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه
ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة
الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان
في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات
يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة
قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا
اي متساوين فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال
والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة
وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي
وكذا الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا
استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك
رح لا اعرف ما المفاوضة ووجه القياس انها تضمنت الوكالة
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد
وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة
وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة
متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها
عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى
قال ويجوز بين الحرين العاقلين الكبيرين مسلمين او ذميين
لتحقق التساوي فان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا
تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ
لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة
والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك

الكفالة

الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي
بينهما في الوكالة والكفالة ولا يعتبر زيادة تصرف يملكه احدهما
كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف
في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى
برأس المال خمورا وخنازير يصح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز
بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة
وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك
في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون
خاصا وقد يكون عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة
فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا واما الكفالة فلتحقق المساواة
فيما هو من موجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال
وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم
وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما
قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما
استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة
للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على
صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة
والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل
على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك
بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه
الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه

الشرى والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي
لزم صاحبه عند ابي حنيفه رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح
من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح
من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفه رحمه الله
انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي
على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه
المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره وتصح من الثلث
من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض
فعن ابي حنيفه رح انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها
حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت
الكفالة بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة
ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك
بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفه رح لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث
احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت
المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال
اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه
لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة
ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث
احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح
فيه الشركة فلا يشترط المساواة **فصل** ولا تنعقد الشركة الا
بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رح تجوز بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس

مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه
من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح
ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه
احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف
الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان
ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرى
وبيع احدهما ماله على ان يكون لآخر شركة له في ثمنه لا يجوز اما شرى احدهما
شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس
النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا
قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز
بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفه وابي يوسف
لا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير
سلعة ويروى عن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح والاول
اقيس واظهر وعن ابي حنيفه رح صحة المضاربة بها **قال** ولا يجوز بما
سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما
هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة
بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة
وتتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر
في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه
قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما
خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة
في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف
الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فتنزل التعامل

بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى
ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه
بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا
فكذلك عند ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رح تصح
شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط
التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين
بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رح انها ثمن من وجه حتى
جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين
فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست
ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا
لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس
واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم
فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه
في كتاب القضاء قال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما
نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقدا الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة
ملك لما بينا ان العروض لا يصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كان
قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل
بقدره يثبت به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة
دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر او طعام او يشتركان
في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة
لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق
من الاعراض يقال عن له اي اعرض له وهذا لا ينبئ عن الكفالة
وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال

للحاجة

للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا
في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان التفاضل
فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا
فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال
ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان
الخلط فصار بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام
الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح
كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق
واهدى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة
الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به
من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة
باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه
يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا
بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه
الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها
كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المالين
ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة
تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما
دنانير ومن الاخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر
سود وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وهذا بناء على اشتراط
الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وما اشتراه كل واحد منهما
للشركة طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة

الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق **قال** ثم يرجع على شريكه
بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته
فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله
فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول
للمنكر مع يمينه **قال** واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل
ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة
المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل
العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين
الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما
اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه
الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد
لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر
وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث
يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين وان اشترى
احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا
لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء
فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح
خلافا للحسن بن زياد رح حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة
قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها **قال** ويرجع
على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال
نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا
ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بمال
الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما

على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان
مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن
لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى
للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها
الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها
مقصودة **قال** وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي
رح لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة
في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه
ويشترط تعيين راس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما
هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا
اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل
في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام
المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد
يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان
الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح براس المال وانما يستفاد
بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة
في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه
وصار كالمضاربة ولا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح
وتصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم
مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج
الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المتفاوضين
وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان
له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه

لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة
فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية
الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره
باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان
الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء
من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث
لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله
قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل
والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل
فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب
بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا تجوز لان هذه
شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من راس المال وهذا لان
الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا
ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف
اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه
اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة
وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا
جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح
ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه فصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما
يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف
لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم
فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال
متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه فاذا عمل احدهما
دون الآخر فالكسب بينهما نصفان لان كل واحد منهما يطالب بالعمل
ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة
وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت
مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة
مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون
على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة
في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان
ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت
به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح
مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت
تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي وقد عرف
والوجه من الجانبين بيناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل
الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية فتعين
الاولى فان شرطا ان المشتري بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز
ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشتري بينهما اثلاثا فالربح
كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان
فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي
يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان فلا يستحق بما سواها الا ترى ان
من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني
واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان
على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن
فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها

بخلاف العنان لانه فرعهما من حيث ان كل واحد منهما لا يعمل فيما
لصاحبه فيبقى بهما **فصل في الشركة الفاسدة** ولا تجوز الشركة في
الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له
دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة
متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به
غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك
لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان
لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر
شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الاخر
في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه وحمله الاخر فللمعين اجر المثل
بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك
وقد عرف ذلك في موضعه **قال** واذا اشتركا ولاحدهما بغل
وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب
كله للذي استقى الماء وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل
وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة
فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان
المباح صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير
وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة
فالربح فيهما على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع
للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة
انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس
المال واذا مات احد الشريكين او ارتد والعياذ بالله ولحق بدار
الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولابد منها لتحقق الشركة

على ما مر

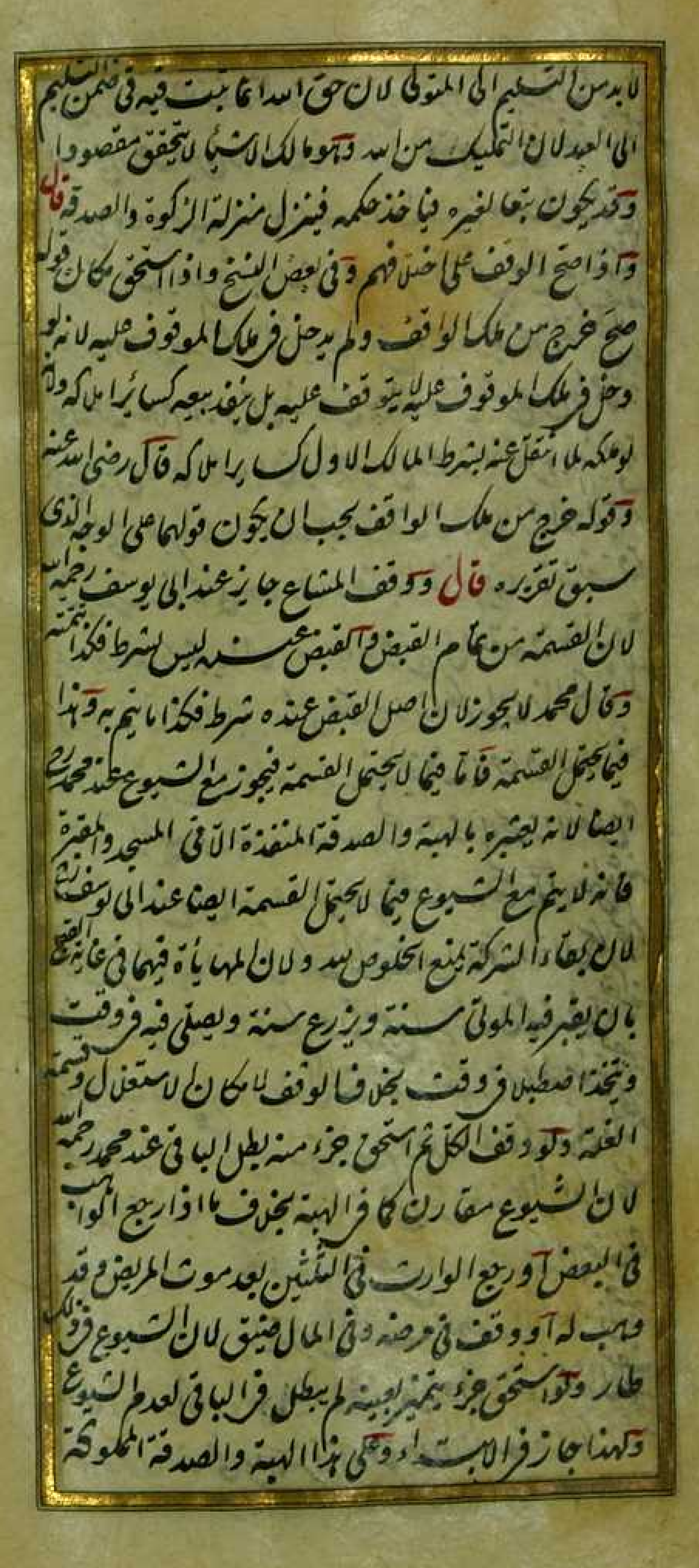
على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب
مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل
ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي
واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين
الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الاخر
لانه عزل قصدي **فصل** وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة
مال الاخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد
منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم
باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم
وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما
نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق
على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير
وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة
لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه فصار كالمامور بذبح
دم الاحصار لو ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور
علم او لا ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع
زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج النفس عن
عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر
وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا
علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا
الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب فانه
يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب
فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار والله اعلم

فصل قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري
جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف
الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه
كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن
بمقابلة الملك وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى
الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن
الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه
إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة
في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة
فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة
وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء
بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة
فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة رحمه الله
لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه
بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال أبو يوسف
يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا
ويسلمه إليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت
الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك
الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة
والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو
الملفوظ في الأصل والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة
العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف
عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب

ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قوله عليه السلام
لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم
الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط
الملك وجعله لله تعالى إذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك وله
قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رح جاء محمد عليه السلام
ببيع الحبس ولأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة
وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ألا ترى أن له ولاية التصرف
فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه تصدق
بمنافعه فصار شبيه العارية ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائما
ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى
مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف
وبخلاف المسجد لأنه جعله خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به
وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه
قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم
أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه أما في تعليقه
بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير
بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فأما المحكم
ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رح
هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة رح
وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع
المال وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف
وهو قول الشافعي رح بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك وعند محمد



لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم
الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا
وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال
واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله
صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو
دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه
لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه
وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي
سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله
لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته
وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا
فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح
ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة
فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رح
لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله ولان المهاياة فيهما في غاية القبح
بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت
ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة
الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل الباقي عند محمد رحمه الله
لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب
في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد
وهب له او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك
طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع
ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة

قال

قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا
وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم
لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق
فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان
التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب
الى الله تعالى وهو متوفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة
تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد
شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان
لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون
التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار
بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد
شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا
وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص
قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه
ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها
وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل
ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب
في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول
بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى قال محمد رح يجوز حبس
الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رح معه فيه
على ما قالوا وهو استحسان والقياس انه لا يجوز لما بينا من قبل
وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام



وأما خالد فقد حبس أدرعه وأفراسه في سبيل الله وطلحة رضي الله عنهما
حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى كراعه والكراع الخيل ويدخل
في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها
وعن محمد رح أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر
والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف
وعند أبي يوسف رح لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص
ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد
يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء
وعن نصير بن يحيى رح أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لأن
كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار
على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي
كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن
الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف
فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف
العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل
القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان
معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال وإذا صح
الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف رح
فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا
وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب
في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب
معنى الإفراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه
من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف

وبعد الموت

وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي
يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري
ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان
في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف
وإن أعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب أن يبتدأ
من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد
الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط
العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر
بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل
بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ
من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته به وإنما تستحق العمارة عليه بقدر
ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك
الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه
وأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز
صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك
عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف
إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة
قال فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى
لأن الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن
امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها وإذا
عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف
وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها يفوت السكنى أصلا والأول

اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع
صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه
لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك
قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة
الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج
الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل
مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها
والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود
وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا
للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين
مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم
فيه انما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم
قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز
عند ابي يوسف رح قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه
وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رح ولا يجوز
على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي وبه قال
الشافعي رح وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط
القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة والخلاف فيما اذا
شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا اشترط
الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط
البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا
ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقيل هو
على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه

لنفسه



لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق
الذي قدمناه فاشتراط الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك
من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد
لنفسه ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عليه السلام كان ياكل
من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا
بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى
على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل
ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا
جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله
او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي صرفه الى نفسه
ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف
ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف
رح وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه
في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رح وعند
محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرناه واما فصل الولاية
فقد نص فيه على قول ابي يوسف رح وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر
المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف
الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وقال
مشايخنا رح الاشبه ان يكون هذا قول محمد رح لان من اصله
ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية
ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون
له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف
فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن

فيه وعكس لما عتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه فلو ان الواقف
شرط الولاية لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي
ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار
وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها
غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل **فصل** واذا بنى مسجدا لم يزل
ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا
صلى فيه واحد زال ملكه عنه عند ابي حنيفة رح اما الافراز فلانه لا يخلص
لله الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض
فيقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية
عن ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل كل الجنس متعذر فيشترط
ادناه وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بني لذلك
في الغالب وعن ابي حنيفة رح انه يشترط الصلوة بالجماعة باذان
واقامة باذن الباني لانه قد يصلي في البيت بجماعة وقال ابو يوسف
يزول ملكه عنه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط
لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى لسقوط حق العبد وصار
كالاعتاق وقد بيناه من قبل **قال** ومن جعل مسجدا تحته سرداب
او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات
يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان
السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى
الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد
لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رح على عكسه
لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف

انه جوز

انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه
اعتبر الضرورة وعن محمد رح حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا
قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه
يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع
واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى
الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا يوهب
ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا
لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق
وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر ومن اتخذ ارضه
مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد
عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى
واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه
عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا
عند ابي يوسف رح لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعن محمد رح
انه يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة
وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا
ان ابا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر
قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا
او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة
لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان
وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط
حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء
بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فيخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم

وعند ابي يوسف رح يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم
عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس
من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال
الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه
ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم
الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه
وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما
لانه لا تدبير للمتولي فيه وقد قيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه
ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة
المسجد على ما قيل لانه لا متولي لها عرفا وقد قيل هي بمنزلة السقاية
والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان
بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله و
المعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر
من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله
ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا
الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى
الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه
الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل
العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم
وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول
والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى اعلم

بعون الله تعالى وحسن توفيقه تم الجزء الاول من الهداية
ويتلوه الجزء الثاني من كتاب البيوع اللهم واختم له [illegible]

كتاب البيوع وبه نستعين قال

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول
احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء
يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد
بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك
وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت
لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي
في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق التراضي قال واذا اوجب احد
المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده
وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير
رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع
لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع
للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر
وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر
مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض
المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضى الآخر بتفرق
الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما
قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض
والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع
ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت
لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار
القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

او بجهالة فيجعل عليه والتفرق نفرق الا قوال قال والاعواض المشار اليها
لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف
وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة قال والاثمان المطلقة
لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم
واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم
والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل
قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق
قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وعنه عليه السلام انه اشترى
من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل
معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا
يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن
اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف
وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة
فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج
سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة
بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه
تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية وان كانت سواء
فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف
بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا
وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف
في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه

من احتمال

من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة
ويجوز بالاناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره
لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله
بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق
المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر
ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة
الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف
الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول
الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة
بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان
المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري
الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه
علم ذلك الان فله الخيار كما اذا راه ولم يكن راه وقت البيع ومن
باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان
وكذلك كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده
ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب
لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي
الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق ومن
ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار
ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزائد
للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف

ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة
ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن
وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة
عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان
فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن
فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه
فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري
ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم
ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان
شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده
بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذها بكل
الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو
بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع
لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان
نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا
ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة
اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة
وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم
جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير
لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم
بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما علم جملة الذرعان

او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة
المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره
وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة
رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى
ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما
وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد
في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا
ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو
عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول
ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني بتسعة ان شاء وقال
ابو يوسف رح في الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء
وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع
بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف رح انه لما افرد
كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص
ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار
بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في
الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد
على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا
يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع
وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه
متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل فيها النخل

والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع
في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه
ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عم
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع
ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء وصار كالزرع
ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذلك اذا كان فيها زرع لان ملك
المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان
فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع
لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك
وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك
التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض
ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون
في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين ولا يدخل
في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها
ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر
له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع
والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل
هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيها لما قلنا
وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع
المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به ومن باع ثمرة لم يبد
صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال
او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح

وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها
مطلقا او بشرط القطع فان شرط تركها على النخل فسد البيع لانه
شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة
وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك
لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لما قلناه
واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء
المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها
مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه
تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى
لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا
وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل
لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا
بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك
وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت
خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع
لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه
للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في
الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة
على ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا
لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى
نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذا رواية الحسن
وهو قول الطحاوي واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل
ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد

وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف
الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها
والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول
عنده وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله
له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة
إذا بيع بجنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى
يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به
فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة
لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز
وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لأنه لا يدري
قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها
لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع
الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه وأجرة
الكيال وناقد الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو
على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة وكذا على هذا أجرة الوزان والزراع
والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لأن
النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه بعد الوزن والبائع هو المحتاج
إلى تمييز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية
ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر
والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه وأجرة
وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن
يتحقق التسليم ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق

المشتري

المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض
لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا
بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم
أحدهما في الدفع **باب خيار الشرط** خيار الشرط جائز في البيع للبائع
والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها والأصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو
الأنصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله
وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر
رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة
إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل
في الثمن ولأبي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم
وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة
فيه فانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلث جاز عند أبي حنيفة
خلافا لزفر هو يقول إن العقد فسد فلا ينقلب جائزا وله انه أسقط
المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس
ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل
المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع
وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الأول
ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز
وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد يجوز إلى
أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والأصل
فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ
عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر

ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا احمد رح
في تجويزه الزيادة وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس
وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر رح وهو انه بيع شرط فيه اقالة
فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط
الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا وخيار البايع يمنع خروج المبيع
عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا
ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع
فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ
بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده
على سوم الشرى وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء
على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج
المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان
الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع
نظرا له دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا
يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون
زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج
الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك
رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي
المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة
ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت
النظر فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف
ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد
لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف

ما تقدم

ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك
والعقد موقوف ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد
النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان
الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها ولو وطئها لم يردها لان الوطي
بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني
على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري
على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان
المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت
لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشرى فيسقط الخيار ومنها ان حيض
المشتراة في المدة لا يجتزئ به من الاستبراء ولو ردت بحكم الخيار
الى البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت
بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة لا تصير ام ولده عنده
خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه
عند البايع فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع
باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابرأه
البايع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن
التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان
الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى
ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها
فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها
باسقاط الخيار وهو مسلم ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة

الخيار ولكن ان يجيزه فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز
الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه
له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة
ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف
في حق الغير وهو العقد بالرفع فلا يعرى عن الضرر لانه عساه يعتمد
تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان
الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري
وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة
لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه
لا يملك الفسخ ولا التسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال
غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد
مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ واذا مات من له الخيار
بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه
لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين
ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث
فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما
فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث
ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا ان يورث الخيار ومن اشترى
شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض
واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز
اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار

لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار
له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل
واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز
احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره
ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف
الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب
يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه
الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف
رجح بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح
واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا
فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما ومن باع
عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد
فان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز
البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين
الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده بجهالة
الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج من العقد اذ العقد مع الخيار
لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه
الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب
وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد
للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل
الثمن ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين
اما بجهالة المبيع او بجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ

ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة
فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد
البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان
ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق
والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به
او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع
فكان في معنى ما ورد الشرع به غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث
لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة
في الثلث لتعين من له الخيار وكذا في الاربعة الا ان الحاجة
غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى
المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد
خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل
لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار
وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين
بالثلث عند ابي حنيفة رح وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما
ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين
وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة والاول تجوز
واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر
للامانة لامتناع الرد بالعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه ثمن نصف كل
واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له
ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما
لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث
فاما خيار الشرط لا يورث وقد مر ومن اشترى دارا على انه بالخيار

فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة
يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك
من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج
اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما
بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الروية
لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر
زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما
لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب
وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم
فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف
النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة
الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة
واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لكونها تابعة في العقد على ما عرف **باب خيار الروية**
ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه
ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد
اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا
لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الروية لا تفضي

الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه
وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا
فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان
الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية
ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار
اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا
زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية
فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء
لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه
باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال
لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت
فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية
غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب
او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق
والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة
يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل الخيار وان كان
تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة
من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد
الرؤية لوجود دلالة الرضا ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب
مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل
في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل
على العلم بالمقصود ولو دخل في المبيع اشياء فان كان لا يتفاوت

آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها
الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان
يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها
والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون
مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه
الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج
وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون
مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل
في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم
لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية
لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف
للمقصود وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها
وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج
وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب
على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ
فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى
الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى
لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا هما سواء وله ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض
واما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه

وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم
مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل
واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا
بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض
مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه
فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده
فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ
الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع
والشرى• قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه
اشترى ما لم يره وقد قررناه ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان
يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف
بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان
الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف
في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه
يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام
القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق
في حق من لا شعر له في الحج• وقال الحسن رح يوكل وكيلا يقبضه
وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل رؤية
الموكل على ما مر آنفا• ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر
فله ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية للآخر للتفاوت
في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون
تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون

فسخ

فسخا من الاصل• ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه
لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط• ومن رأى
شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له
لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار
الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به• وان وجده متغيرا فله الخيار
لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره• وان اختلفا
في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم
ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري
بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره
فيكون القول قوله• ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه
ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك
خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق
الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها
بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله• وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو
فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رح• وعن
ابي يوسف رح انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع
فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد
يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به
وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى
فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره

واكرا وبه عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض
لان ذلك رضا به وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب
لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ
فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البايع
في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك
وان حدث بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء
يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة
وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة
لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير
من يعقل واما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا والجنون
في الصغير عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده
في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين
متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة
في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول
فلا بد من المعاودة للرد والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود
قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود
هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب
والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن
يخل بخدمته والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه
يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر

فوجده مسلما

فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة
لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره
علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة
سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة وترد
اذا انضم اليه نكول البايع قبل القبض وبعده هو الصحيح واذا حدث
عيب عند المشتري واطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع
بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه
سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع
بالنقصان الا ان يرضى البايع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر
ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد
بالقطع فانه عيب حادث فان قال البايع انا اقبله كذلك كان له
ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع
بشيء لان الرد غير ممتنع برضى البايع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع
بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق
بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه
اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبايع ان ياخذه
لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما رأى
العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع
حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا
لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان
الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني
بعده بالتسليم اليه ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده

بعده

لان الرد ممتنع قبل علم العيب بالخياطة

ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع
حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع
بفعله فصار كالقتل والبيع وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء
للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا
الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه
فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع
بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد المبيع
او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به
حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه الظاهر
ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك
فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان
لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما
يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب
حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه
فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع
فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع
مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم
بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد
فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما
انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض وان اشترى بيضا او بطيخا

او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع
بالثمن كله لانه تبين انه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح
قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده
لا يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر
بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط
على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه وصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد
البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد
والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والمثنى في المائة وان كان
الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار
كالجمع بين حر وعبد ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب
فان قبل بقضاء القاضي باقرار او ببينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه
لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام
العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر
الاقرار فثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب
بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود
هنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي
ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما
والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب
لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب
فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع
ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول
ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف
البائع او يقيم المشتري بينته لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين

حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولى بتعيين حقه بازاء تعين المبيع ولانه
لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه
فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن
يعنى اذا حلف لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر
به لانه على حجته اما اذا نكل لزم العيب لانه حجة فيه ومن اشترى
عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله
ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته
بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا
قال فى الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذى
يدعى او بالله ما ابق قط عندك اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب
ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشترى
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول
ذهول عنه والثانى يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه
وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده
واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف
المشايخ على قول ابى حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها
البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب
على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد
قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه
الذى قدمناه قال رحمه الله اذا كانت الدعوى فى اباق الكبير
يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغر لا يوجب
رده بعد البلوغ ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا

فقال البائع بعتك هذه واخرى معها فقال المشترى بعتنيها
وحدها فالقول للمشترى لان الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما فى الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا
فى المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما
ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما
فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه
بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا
اختلفوا فيه ويروى عن ابى يوسف رح انه يرده خاصة والاصح
انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو
اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون
قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر
وهو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة
جرت بضم الردى الى الجيد فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية
والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب
وفى خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما
ليس له ان يرد الآخر ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد
ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان
من جنس واحد فهو كشئ واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو
الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد وان كان فى وعاءين
فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر
ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد ما بقى لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك
وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقى

لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص
عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون
ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها
في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار
الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها
علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي
واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا اما لصعوبتها
او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد منه بدا لانعدام
ما ذكرناه يكون رضا ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع
عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا
يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل
بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة
العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل
وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه
عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بسبب
بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان
الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود
مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع
بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة
ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما
يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضى البائع للعيب
الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع

لان

لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما رجوع
فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم
على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع
بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري
يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح
لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط
البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها
وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة
وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا
ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول
ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة
تتناول الثابت ولابي يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط
حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث والله اعلم

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما
محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا
اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها
تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا
بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه
الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود
حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض
والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه

يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن
المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد
والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف
الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم
والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير
ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان
قوبل بعين معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان
لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير
مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك
اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى
اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة
لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا
بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد
تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر
معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية
ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب
لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد
والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق
العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب
الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت
والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت

الملك بالبيع لبطل ذلك كله ولا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه
روايتان والاظهر الجواز والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد
وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق قال فان ماتت ام الولد
والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما
وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة
كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع
حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه
فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان شبهة البيع انما
تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا
كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك
ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل
في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا
هنا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه
ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم
ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة
جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل
لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ
وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج
لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا
قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع
في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف
على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل
فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل

لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع
القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم
وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف
حيث جوز بيعه فيما روي عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب
ذكرا القطع او لم يذكرا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع
عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا
لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع
قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما
اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا
وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع
فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع
المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام
نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة
في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه
فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذلك
العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق
لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع
بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة
وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو
بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدءا قال ولا يجوز البيع بالقاء
الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية
وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها

العرايا جمع عرية وهو ان يهب الرجل ثمرة نخلة
من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول
المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان
ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع فيعطيه
مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره
عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا جائز
عندنا لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام
متصلا بملك الواهب فما يعطيه لا يكون عوضا
عنه بل هبة مبتداة وانما سمي ذلك بيعا مجازا
لانه في الصورة عوض للتحرز عن خلف الوعد
واتفق ان ذلك فيما دون خمسة اوسق فظن
الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل
كما وقع عنده
مبسوط

المشتري

المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم
البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا
بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار
في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز
بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه
لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة
ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به
حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه
من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون
منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه
من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز
كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام
اذا علم عددها فامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز
بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال
الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو
ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري
ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع
ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه

امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد
يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني
لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع
الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام
المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ
لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم
كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح قال ولا بيع لبن امرأة
في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء
الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع
ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها
قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل
القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن قال ولا يجوز
بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به
للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح الاصل
فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف
وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف
ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة
الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعر الانسان ولا الانتفاع بها
لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا
مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة
الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء
وذوائبهن قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانه

غير

غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم
لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة
ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها
والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد
قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة
السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه
لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز
لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع
بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات
ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رح لانه حظ من الماء
ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرناه في كتاب الشرب
قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل
والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور
والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق
معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى
قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم
لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق واما المسيل على السطح فهو نظير حق
التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور
وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو
البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض
فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما

بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق
يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح ان الاشارة مع
التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه
وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير
لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب
وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض
وفي الحيوانات جنس واحد لتقارب التفاوت فيها وهو المعتبر في هذا
دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنجي
على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما قال ومن اشترى جارية بالف
درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد
الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك
قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار
كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول
عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما
اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم
ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه
المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض
بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة
قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها
من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي
لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل
بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى

باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد
لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربا او لانه
طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن
اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا
فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى
سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين
الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري
لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل جاز
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا
توكيل المحرم حلالا ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت
للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره فلا يجوز ولابي حنيفة رح
ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر
حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها
وان كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد
لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة
المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري
لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض

فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده
الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان
لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب
كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة
فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه
الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير
لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي
وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه
ما ذكرنا وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط
فلو اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب
عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة
لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر
ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه
لكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا
لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق
الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب
الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذلك لو باع عبدا
على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه
المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع
وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن
يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى عليه السلام
عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس

الشهر

الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا
فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان
ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده
بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه
بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به
والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة
غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل
الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية
لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما
اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيه ومن اشترى ثوبا
على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة
على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع
فاسد قال رضي الله عنه وهذا جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان
يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع
والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم
يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة
في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما
او كان التاجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان
مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه قال ولا يجوز البيع الى قدوم

الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها
يتقدم ويتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل
الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع
فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا
ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين
وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم
تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس
وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع
فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل
ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في
شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم
بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد
وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله
في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه
لانه خالص حقه **قال** ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة
بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته
من الثمن عند الثلثة وقال زفر فسد البيع فيهما ومتروك التسمية
عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول

اذ محلية

اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر
المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح
بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق
بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال
والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد
وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية
ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح
وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا
البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك
احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا
بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته
قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة
الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل
القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان
ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده
ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء
وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور

اذ هو واجب الرد بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان
السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض
في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن
ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب
هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن
البايع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد
استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه
بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا
القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد
عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح
والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما
في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض
فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل
معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا
قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا وكذا
بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ولو كان
الفساد لشرط زايد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة
العقد الا انه لم تتحقق المراضاة في حق من له الشرط قال
فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط
حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع
وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه
والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه

حصل بتسليط من جهة البايع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة
لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل
بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه
واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جايز وعليه القيمة لما ذكرنا
انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن
نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار
ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن
لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته
وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت الدراهم الثمن قائمة
ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه
بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال
ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة
رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية
فقال ابو يوسف ومحمد رح ينقض البناء وترد الدار والغرس
على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج
فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين
لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به
الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد
كالبيع الصحيح بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا

بهبة المشتري وجهه فكذا ابناه وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن
ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع
ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث
في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني
بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد
الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق
العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة
المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال
وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح
المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين
وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل
فيما لا يتعين فصل فيما يكره قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام
لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام
الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا
واضرارا وهذا اذا تراضيا المتعاقدان على مبلغ الثمن في المساومة
فان لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكر
وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا
اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس
السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن

وعن

وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي
وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا
في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به
لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا
البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان
المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به
البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة
قال ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه
نوع منه ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر
لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام
من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة
ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين
ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك
ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده
فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك
المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح
حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه
الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان
احد الصغيرين له والآخر لغيره فلا باس ببيع واحد منهما ولو كان
التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين
ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز
في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا
فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه
كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس
في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين
وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع
بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله
عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما
وان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول
والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما
الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف
هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد
هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد ان اللفظ
للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثراتي فيتوفر عليه قضيته واذا تعذر
يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف
انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل
بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع
ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال
اللفظ في مقتضياته الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره
لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث
امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرطا الاكثر فالا

قالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال
فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان
الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع
وكذا اذا شرطا الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت
الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط
الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد
جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل
عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول
لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون
فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل
لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة
ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا
فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا
والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وكذا
عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده
لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك
الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي
قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن وان هلك بعض المبيع جازت
الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك
احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع
قائما

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع

شرايط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي
الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب
نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا
كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح
ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء
فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض
مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان
المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم
او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم ولو باعه
بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته لانه ليس
من ذوات الامثال قال ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار
والصباغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار
بالحاق هذه الاشيا براس المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد
في المبيع وفي قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة
لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة
تختلف باختلاف المكان قال ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي
وكرا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى ويخالف اجرة التعليم
لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال فان اطلع المشتري
على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شا اخذه بجميع
الثمن وان شا تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن
وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية

لكونها

لكونها معلومة والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا
فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل فيه كونه تولية
ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة
على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول
وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال
وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى
تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن
القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن
في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط
ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه
فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق
الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة
فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة
وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد
منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث
ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة
لانه يتاكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح

خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره قال واذا
اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين
يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة
وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا
العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة
وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة
في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول
قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى
ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم
الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة
ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه
شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه
فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية
فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه
لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا
منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطي
وعن ابي يوسف في الفصل الاول انه لا يبيع مرابحة من غير بيان
كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي فاما اذا فقأ عينها بنفسه
او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة
جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاص

قرض فارا

قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه
لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما بالف درهم
نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء
قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل
والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع
احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل
هذه الخيانة فاذا ظهرت يتخير كما في العيب فان استهلكه ثم علم
لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال وان كان ولاه
اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة
لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة
لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير
ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل
ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد
من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبين لان
الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البايع يعني في المجلس
فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى اخر
المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء
برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم
فيتخير كما في خيار الرؤية فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل
ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض

ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار
قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى
اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار
نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث
معلول به عملا بدليل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه
في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا
مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة
لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن
لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف
ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب
مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر
ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه
ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة
المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري
فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به
لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث
اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه
ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله

لانه

لانه يحتمل الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم
تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع
في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا
وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء
الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق
باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن
اخراجه فصار برا مبتدا ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد
من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا
او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار
كما اذا اسقط الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد
لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا
تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة
عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز
على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ
بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما
في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح
بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض
عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل
عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال
ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا
على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله

الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز
وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا
الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح
بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة
في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر
في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم
نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى بان يقرض من ماله
الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه
قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم
حقا للموصى له والله اعلم

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل
مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل
والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة
بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعدّ الاشياء الستة
الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال
ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع
التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية
في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة
عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة
والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار
الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال

التي

التي هي مناط المصالح بهما ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم
قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود
بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة
لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم
عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى
والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك
فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة
الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا
او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها
ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل
في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه
فلا معتبر بما ذكره واذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه
مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى
الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب والفضة
وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي
مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز
بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة
بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف
وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه
ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد
لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم
والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه

حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا
حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر
حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة
في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال
الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا تثبت
الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد
بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر
او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي
مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز
وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران
يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات
وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف
فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة
الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله
عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل
فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه
وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى
من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول
على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة
فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها
متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا

دلك

وعنه يجوز نسخة

ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه
يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم
قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها
قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر
المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف
ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام
الفضة بالفضة ها وها معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف
ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر
فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث
المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد
مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف
ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين
ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت
رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف المؤجل
والنقد قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة
بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا فيه لوجود
الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية فيه تثبت باصطلاح الكل
فلا يبطل باصطلاحهما فاذا بقيت اثمانا لا يتعين فصار كما اذا كانا
بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما
ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا

الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد
اذ في نقضه في حق العدد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف
النقود لانها للثمنية خلقت وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي
بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس
بانفراده يحرم النساء ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان
المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل
ولكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات
الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند
عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية
ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه
وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود
وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية بغير المقلية
والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان
اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط
اذ لو لم يكن كذلك تحقق الربا من حيث زيادة السقط او من حيث
زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون
لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه
يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن
في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير قال ويجوز بيع
الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام
حين سئل عنه فقال اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام

لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي له رطب اوكل تمر
خيبر هكذا وسماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز
البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواه على زيد بن
عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف
والوجه ما بينا وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية
والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة
الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع
منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر
المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة يعتبره في الحال
وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب
بالتمر بما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب
بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي
عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا
في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك
الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر
اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد
صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز
للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون
الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله
والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن
موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض

الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال
الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب
بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله
والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان
المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما
البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب
مع البخاتي قال وكذا البان البقر والغنم وعن الشافعي انها جنس واحد
لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما
بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا
خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما وكذا بين مائيهما ولهذا
كان عصيرهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف
المقاصد وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز
بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا
فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة
انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت
الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف
وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه
عددا او وزنا عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور
والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف
يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا
بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا
وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين

لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا للمولى عند ابي حنيفة رح وعندهما
تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه
قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي
لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا
بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم
فباي طريق ياخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر
بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان والله اعلم

باب الحقوق ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى
الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه
ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلى ومن
اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت
والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو
من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه
والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل الا بالتنصيص عليه
والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب
قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو
فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل
في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو
عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه
ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء
الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير
ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى
بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه

بكل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو لها وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة
لانها تنعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة
ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع
فممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره
فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية
فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر
بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها
كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له
اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار
وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل
يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد
واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد
لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل
تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال
العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا
غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو
رجع المشتري على العبد فرجع هو على البائع وان ارتهن عبدا
مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود
ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع
في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية

فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا بالثمن له عند تعذر الرجوع على
البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه
والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة
كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة
لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه
مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف
الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول
المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق
فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال
على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض
يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى
فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط
لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق
فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم
البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على
الاعتاق قبل الكتابة ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا
فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا
منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي
فان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء
رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند
فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول
على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار

ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر
عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد
الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله
فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه
حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد
بصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية
تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل
ياذن في التصرف النافع وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا
والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه
وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك
كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة
اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض
هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة
اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد
حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا
او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة
ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه
توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز
المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح
اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط
الاجازة فلا يثبت مع الشك ومن غصب عبدا فباعه واعتقه

المشتري

المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة
يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك
الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان
ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح
بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى
نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري
من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت
موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر
فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق
المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك
بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة
الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري
من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات
فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب
الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الصحيح
قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري
لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه
وهذه حجة على محمد رح والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق

يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري
والخيار للبايع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم
الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول
لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم
الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما
لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده
او قتل ثم اجاز المولى البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها
قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب
البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك
للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف
البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له
فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره فاقام
المشتري البينة على اقرار البايع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع
واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على
الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر
البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك
فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه
وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة
على اقرار البايع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة
في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع
بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل

وادخلها

وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البايع وهو قول محمد وهي
مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة
فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل
السلم المضمون وانزل فيه اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الآية وبالسنة
وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه
ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو
جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم
فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا
فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا
لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني
والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن
قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة
والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا
في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي
المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه
والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت
بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا
وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة

لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم
فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل
وعنه انه لا يجوز ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف
بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا
باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما
فيبطل باصطلاحهما ولا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز
السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس
والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه
الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع
العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد
وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل
فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس
والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها
ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا
للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة
انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت جرزا
قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد
الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل
او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي
يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال
وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها

ولان

ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة
الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء
فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ
على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم
في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر
مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه
عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه
وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان
في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده
قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف
من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط
الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا
الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه
مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله فهذه
الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني
وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم
فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض
في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال
الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله
الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس
فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم
لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا

ولانه يجهل له فيفضي الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل
ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال
رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لا يعرف مقداره لانه تأخر
فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون
المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس
بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل
فيه كذا روي عن ابي يوسف رح قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة
نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام
حيث قال ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه
ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا
كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة
الا بسبع شرائط تذكر في العقد جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير او تمر
او ملح ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا
جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا
وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه ومعرفة مقدار
راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا
لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم
ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان لهما في الاولى ان
المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب
وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم
قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج
الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه



مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف
فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين
ولم يبين راس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما
ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه
ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر
وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال
فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة
لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار
كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رح ان الاختلاف
فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين
المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة
وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له
حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان
مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان
الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة
لا يحتاج الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه
في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير
والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح
لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل
لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة
واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه
فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى

النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم أخذ
عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض
احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال
ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم
اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض
لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط
خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر
وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله
واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله
قال فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه
ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ولا يشيع
الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس
المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا
لان الدين لا يتعين في البيع الا يرى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في
رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت
القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه
قبل قبضه لانه تصرف فيه قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري
من المسلم اليه برأس مال السلم شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام
لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه أخذ شبها
بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد

في حق

في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال
مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه
قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل
كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له
ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان
بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان
سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين
غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال
فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض
الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة الاعارة فكان
المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن اسلم
في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم
ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف
ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا
غرائر رب السلم وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه
دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا
ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا
لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا يرى
انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء
للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم
يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر

الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب
عنه في الكيل والقبض لوقوعه في غرائر المشتري ولو امره في الشراء
ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره
ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه وصار كما لو امره
ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه
في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين والغرائر
للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه
واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة
وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره
ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا
اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط
غير مرضي من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين
وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه
في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم
جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري
فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان
صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم
المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز
ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد
في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز
فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت
في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا بعد موتها فالاقالة

باطلة

باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء فلا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة
حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع
فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت
رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه
لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس
المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول قول رب السلم
عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما
القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله
ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل
فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له
وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر
النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم
عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال
اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب
لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح
وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة
وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف
مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد
دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج
كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع
الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر
وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا

ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان
ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في
الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ
التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن
والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن
قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه
لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة
ولا بأس بالسلم في طست او قمقم او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف
لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول
قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع
الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح
انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه
العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع
قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار
ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ولا خيار
للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة ان له الخيار
ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره
وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع
فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله
ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل
انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل

لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما
ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع
فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان
الحمل على السلم اولى والله اعلم مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع المعلمة وغير المعلمة في ذلك سواء وعن ابي يوسف
انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز
بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب
ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه
فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد
او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز
بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول
على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم
فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا
وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله
عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر
والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم
على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن
امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه
ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره

بع عبدك من فلان بالف درهم على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن
سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشترى والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء على الضمين
واصله ان الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد
خلافا لزفر والشافعى لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى
بها شيئا بان زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح
اشتراطها على الاجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية
وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد
شرطها فلم يصح **قال** ومن اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها
فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك
فى الرقبة على الكمال وهذا قبض لان الوطى من الزوج حصل بتسليط
من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس
ان يصير قابضا لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان
ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى
فافترقا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب واقام البائع البينة
انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته معروفة لم يبع
فى دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال
حق المشترى وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن لان
ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى اقر به مشغولا بحقه
واذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات والمشترى
اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق
متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص

يبيع هو

يتبع هو ايضا **قال** فان كان المشترى اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع
الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه وهذا
عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كله
لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين
غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبى عن نصيب صاحبه فى القبض
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن
لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شيء منه والمضطر يرجع
كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفى
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه **قال** ومن اشترى
جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال
اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية
وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب
مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف
اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما **قال** ومن له
على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع
بدراهمه لان حقه فى الوصف مرعى كهو فى الاصل ولا يمكن رعايته
بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا فى الجودة ولا يمكن تداركها
بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب
له عليه ولا نظير له **قال** واذا افرخ طير فى ارض رجل فهو لمن اخذه
وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبى لانه مباح سبقت يده اليه

ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض
لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيّه وصاحب
الارض لم يعدّ ارضه لذلك وصار كنصب شبكة للجفاف وكذا
اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه
ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسّل النحل في ارضه لانه
عدّ من انزال الارض فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب
المجتمع في ارضه بجريان الماء والله اعلم

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان
سمّي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل
والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه
والصرف هو الزيادة لغة كذا قال الخليل ومنه سميت العبادة
النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا
الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع
قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول
عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد
من قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض
الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى
من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان
كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا
ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة
فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق

بالابدان

بالابدان حتى لو ذهبا معا في جهة واحدة او ناما في المجلس
او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح
فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة
لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم
المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق
ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما
بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار
فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت
القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لانه
قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع
دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا
فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى
وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر
لان الدراهم لا يتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن
في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين
فيجعل كل واحد منهما مبيعا مستحقا بالعقد لعدم الاولوية وبيع
المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون
متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان
المساواة غير مشروطة فيه لكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا
بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع
جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال
بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد
ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف

والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال
الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذا
لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما ودفع من الثمن خمسين
جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما ذكرنا
وكذلك اذا قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد
احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد
في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر
لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع
في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف
وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية
وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله
او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة
الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا
وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان
الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال ولو استحق
بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء
رده لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة قد استحق بعضها
اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه
وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة

وكري شعير بكري حنطة وكر شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه
لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين
والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح
الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن
من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالالف
وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا
اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير قبض فسد البيع
في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة
تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بخلاف الجنس وانه طريق متعين
لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو
ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف
عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف
مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله
الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف
الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر
وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد
صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن
باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة
بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما
جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب

ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة
وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز
البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر
عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة دراهم ودفع
الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع
بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض
لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد
لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة
الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة
الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف
وخمسمائة وزفر رح يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا
الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين
لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل
العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال
ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف
من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم
الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب
فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى
لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن
وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل
غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا

فان ادى منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء قال
وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا
للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها
في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض
في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة
يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا
لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال
في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت
تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت
تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان
المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون
اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين
بالتعيين وان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق
العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق
الرضى منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضى منه
واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها
بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع
وقال محمد رح عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح
الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى
بالرطب فانقطع واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف
وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان
الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية

بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل قال واذا بطل البيع يجب
المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد
قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة
جاز البيع وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت
كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة
خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا
ثم كسدت عند ابي حنيفة عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين
معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب
قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها
كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض
وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب
مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر قال
ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز البيع وعليه ما يباع
بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس
او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه
اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدوانق والدراهم
فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف
درهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى
عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس
فكذا عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم
وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم
ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم

فقد ر

فقد رعلوم بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح
لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان
بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز
وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد
قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما
لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز
لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم
الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس
قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية والله اعلم

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول
اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة
بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي
لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به
بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام
الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر
على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين
باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة
وهو الضم في المطالبة فيه وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان
او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه
لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر
في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة

في حق الكفالة لا يتجزى فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت
بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة
الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح
بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي
في هذا المقام قال عليه السلام من ترك كلا او عيالا فالي وكذا
اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه
الحديث فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما
اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان
شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره
اذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا
حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة
لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة
ذهابه ومجيئه فان مضت المدة ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه
عن ايفاء الحق وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز
في المدة فينظر كالذي اعسر فلو سلمه قبل ذلك الوقت برئ لان الاجل
حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال واذا احضره وسلمه
في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ
الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا
لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي
فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ
لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد
مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها
فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم

فيه ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله
للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه
قلنا ولعلهم فيما سلمه فيه فيتعارض الموهومان ولو سلمه في السجن
وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال
واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره
ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات
الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء
هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل
بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء
لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع
وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال
فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن
لما عليه وهو الف فلم يحضره في ذلك الوقت لزمه ضمان المال
لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق
صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس
لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل
واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع
ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط
كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق

بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به
غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط
وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبيّنها او لم يبيّنها
حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المال فلم يواف
غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها
حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا
مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على
الوجه وان بيّنها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب
احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح الكفالة بالمال
لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بيّن ولهما ان المال ذكر معرّفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي
فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بيّن التحق البيان باصل
الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية
قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد
وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى
ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان
مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق
لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير
ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه
لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم
قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد
عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد

شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان
على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب
به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب العقد عليه فيهما ومن اخذ من رجل
كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام
المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق
فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المال المكفول به
او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك
عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع
فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار
كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط
ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك
في موضعه ان شاء الله تعالى والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي
عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط
فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط
ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب
الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار
تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه
التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق
قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا
فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى

ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وا لاجماع على صحة ضمان الدرك
ثم الاصل فيه ان يصح تعليقه بشرط ملايم له مثل ان يكون شرطا لوجوب
الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله
اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب
عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق
بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد
منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما
صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق
والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف
عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق
ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه
في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له
عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة
بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب
بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع
بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما
يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى
ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه
المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث
يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء بخلاف

ما اذا

ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما
اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل
ان يؤدي عنه لانه لا يملك قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع
قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان
له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
لانه لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه
او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل
لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة
وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل
فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل
لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال
الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال
وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح
الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه
الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة
وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع
على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على
جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه
عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة
قال ومن قال الكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع
الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها
من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع
وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانها براءة لا تنتهي

الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت
قال محمد رح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء وبالابراء فيثبت
الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول
لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء
وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه
لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه
من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد
الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد
لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري
فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر
الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون
بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح
عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا
فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا
بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستاجر
والمستعار ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل
القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر
الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة
للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه
وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة
نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له

رجل

رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له
في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه
فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة
بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا
هو وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي
في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم
بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال
الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما
علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة
ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان
له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ
ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا
في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي
اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك
شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقالا تصح
لانه تكفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى
اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو
الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه
في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط
ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال
فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه

بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع
فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة
ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض
على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض
امانة في يده فان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه
حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه
وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب
للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة
الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا
اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث لما نبينه فلا يعمل مع الملك
فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة
فقبضها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب
الى ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند
ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رح هو
له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما
انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث
مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به
وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية
ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب
لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره
الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي
ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض

من تاجر



من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر
مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة
سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى بيع العين وهو مكروه
لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد
وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا
الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال
ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه
فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا
في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به
وهذا ماض اريد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك والدعوى
مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا
وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه
وان كانت الكفالة بغير امره يقضي به على الكفيل خاصة وانما تقبل
لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه
لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له
بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال
فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها
قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره
يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم

في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه
ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة
لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى
في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام
البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة
فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل
لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة
في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك
وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو
كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن
او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام
المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان
المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه
على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة
وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين
قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة
الا يرى ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما ويقبض
اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر
خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه
وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته

من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري
النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق
كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام
البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية
باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه
غير راتب فالحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر فقال
المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان
مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق
ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل
وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد
المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت
الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل
في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل
والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما روي عنه الحق
الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل
له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع
لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض
لاحتمال الاجازة
له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع
والكفيل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى
عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة
قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد

وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها
بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة
وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع
او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل
كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد
ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف
اصيل وهو في النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة
وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول
فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه
لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان
اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل
بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما
يرجع بنصفه على صاحبه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح
ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة
متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح
الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه
واذا عرف فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة
فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه
فلا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع
احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما
اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع

على

على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال
احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي
المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به
قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا
ايهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف
في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف
لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان
كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما
يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه
ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون
عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره
في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما
رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة
قال وان لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق
لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا
ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف
على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد
منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر
مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي
لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ
الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ
الاخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق

ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول
الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف
الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق
لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه
قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات برئ الكفيل
لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد
فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل
قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك
وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان
المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال
زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح
الكفالة بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح
على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع
وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى
لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة
ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا يجوز الكفالة بمال
الكتابة حر تحمل به او عبد لانه دين غير مستقر فلا يظهر في حق صحة
الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه
في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه
الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه
كالمكاتب عنده كتاب الحوالة وهي جائزة بالديون

قال

قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه
فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل
والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه
اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة
فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون
التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات
لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو
لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت
الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرا اعتبارا
بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة
ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة
فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق
فيه باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد
المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال
ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع
وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد
ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة
لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال
والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة
له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد
وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم
الحاكم بافلاسه في حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق
بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورائح

قال وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل الحوالة فقال المحيل احلت
بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع
قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر
والقول للمنكر وإذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول
المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر ولفظة الحوالة
مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن
اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر
على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء
الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات
الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا
وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه
لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة
للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي مطالبته فيأخذ منه
لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق له
به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره
السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق
وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون
من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم
الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان
اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة

لشرط

يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه
لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته
ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل
ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله
وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن
علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد
الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد
اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا
لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ
واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل
صحيح عندنا خلافا للشافعي هو يقول بان الامر بالقضاء يستدعي القدرة
عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود
القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار
من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته
من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد
الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له
معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون
صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني
عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق من نفسه انه يؤدي
فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض
كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز
عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح

وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء
فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة
العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره
فلا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ
يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد
قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام
من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده
ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه
فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رض والحق كان بيد علي رض
في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا
الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد
بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي
الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت
فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم
ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال
الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل
الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا
لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه
شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا تشتبه على المولى
وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين
لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن
انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا

وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم
بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق
ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع
وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به البينة او يعترف من هو في يده
لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي
هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره
ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال
الا اذا كان بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي
يقول هو لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي
باقراره الثاني قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا تشتبه مكانه
على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال
الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص
والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت
المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون
في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره
فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى
باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت
الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس
في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه
وحده تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن
جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني

ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه
حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد
المهدي على العادة او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه
ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء
بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد
انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف
ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود
المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم
على المسلم ستة حقوق وقد عد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين
دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة
قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام
اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر
قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه
مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه
يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء
قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا
وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه
ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس
فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل فصل في الحبس
قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق
حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة
فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف
كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال

فاذا

فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه
كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه
بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة
لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره
دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر
معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير
الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار
فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه
ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة
ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول
الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان
تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس
بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق
وكذا عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي
ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه
يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال
وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة
ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير
بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي
القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال
خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فلو
حبسه بعد ذلك كان ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة
يقبل في رواية ولا يقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ

رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى قال وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه وإن كان معسرا خلى سبيله ومراده إذا أقر عند غير القاضي وعنده مرة فظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد والقصاص قال إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء ولده ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لأن القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ويقبل في العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رح لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رح قال وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم قال وإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رح لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب

على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب
لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض
آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل
من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان
مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل
كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط
وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم **فصل آخر قال** ويجوز
قضاء المرأة في كل شيء الا الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها
وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض
ذلك اليه لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف
المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات
لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز
كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض
اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله
واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب
او السنة او الاجماع او يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك
امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده
غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول

باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا
لمذهبه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه
روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في
الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون
مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهور منها وفيما اجتمع عليه
الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر
بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال
وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي
في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح **قال**
ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال
الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة
لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل
الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة
ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء
وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة
الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي
على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة من الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب
وقد عرف تمامه في الجامع الصغير **قال** ويقرض القاضي اموال
اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في اقراضها مصلحتهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه
وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب

بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج **باب**
التحكيم واذا حكم الرجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان
لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان
المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء
ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق
اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين
ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا
واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي
فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك
الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز
التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان
الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم
في سائر المجتهدات وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم
المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم لعدم التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل
بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف
رأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقل
ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم
موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود
وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم
لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا يقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة

فكذلك

فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم
لانتفاء التهمة فكذا القضاء واذا حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما لانه
امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم **مسائل شتى من كتاب القضاء**
قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد
فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة معناه بغير رضى صاحب العلو
وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو
ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف
وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي
الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل
عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن
والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه
لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه
قال واذا كانت زايغة مستطيلة تنشعب عنها زايغة مستطيلة
وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة
القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا
حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه
المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه ان يدعي الحق
في القصوى بتركيب الباب **قال** وان كانت مستديرة قد
لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا ابوابا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي
ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها
قال ومن ادعى في دار دعوى فانكرها الذي هي في يده ثم صالحه

منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح عن الانكار وسنذكرها في الصلح
ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم
عن مجهول جائز عندنا لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة
على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في
وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة
على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور
التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها
ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة
ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل
ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للمدعى عليه
عندها ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى
الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت
مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه
ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ
يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة
تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن
بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر
استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد
بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها
زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض
ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة
ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد
فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه

او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة
فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه
ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف
ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب
عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي
عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء
لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى
فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت واو
لان بصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق اما المقر له
ينفرد برد الاقرار فافترقا ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان
لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو بينة
على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل
لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق
ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل
وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء
قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون
بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة
وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يوكل
بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه
بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال
لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة

فإن أقام البائع البينة أنه بريء إليه من عيب لم يقبل منه البائع وعن
أبي يوسف أنه يقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة
تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود
البيع وقد أنكره فكان متناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان
باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق
فهو ولي ما فيه إن شاء الله أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك
وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة وقالا
إن شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان
ذكره في كتاب الإقرار لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر
للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام الاستبداد وله أن الكل كشيء واحد
بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله
عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله
ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت **فصل**
في القضاء بالمواريث وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة
وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته
فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها لأن الإسلام
حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ولنا أن سبب الحرمان
ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة
وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم
وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل
موته وقالت الورثة بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم
الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه
أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا **قال**

ومن

ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع
هذا ابن الميت ولا وارث له غيره يدفع المال إليه لأنه أقر أن
ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث
وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض
أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق
المودع إذ هو حي فيكون إقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته
بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى
بأمثالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ولو قال
المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيري
قضى بالمال للأول لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال
فيكون هذا إقرارا على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا
ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح إقراره للأول وحين أقر
للثاني له مكذب فلم يصح **قال** وإذا قسم الميراث بين الغرماء فإنه لا يؤخذ
منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة
وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما إذا
الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره
لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا
أو غريما غائبا لأن الموت يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع
الآبق أو اللقطة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
ولأبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق
موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت
الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولأن المكفول له مجهول
فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج

ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والأصح انه
على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع
لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل
عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب
لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل فاقام الآخر
البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب
قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هو في يده ولا يستوثق
منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا
اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد
خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء
للميت وقع مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض
يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر
عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي
ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه
يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة
بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار
وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف
ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل
لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر
الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء
لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا
كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه

عامل

عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه
وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق
الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون
خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء
والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال
كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى
فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية
اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر
التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع
في حال الاستغناء فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند
ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة
وعند محمد لا يدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده
عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال
ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم
من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال
ولا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى
ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب
شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر
لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب التفاوت في مدة
وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع
اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا

من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم
وعن ابي يوسف انه يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية
انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق
على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة
فلا تتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام
ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت
النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه
من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ولا يكون
النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد
فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد
شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول
الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا
الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم
الذي لم يهاجر قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ
المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام
القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد
عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد
كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي
الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع
المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان بانابة
القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء

لانه

لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز
ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت
والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له فصل آخر واذا قال القاضي قد قضيت
على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه
وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله
حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن
وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية
لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر
انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر
واجب وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور الماتريدي
ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة
وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه
والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا
ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال واذا عزل
القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت
بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك
اذا قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده
والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما
لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي
لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع والآخذ بما اقر به القاضي
لا يضمن ايضا لان فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان

معاينا وكذا زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت واعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض تلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب

منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وجودا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال



شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما
لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس
فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت
الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد
الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة
شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل
في العنين ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل
وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة وان قلن انها ثيب
يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع
واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق
الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين
وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها
الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة **قال** ولا بد في ذلك
كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة
وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون
من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة
هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه
وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس
ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب
لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق
يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص
نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد
فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة



اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة
ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه
شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيها
الحرية والاسلام **قال** ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة
في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رض
ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية
اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود
لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها
دارئة فان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل
طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية
في سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول
فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان
ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى
والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية
لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره
وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء
بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية
بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة
لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة
بالدار وهذا اصح **قال** وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود
لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف

وعند محمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية آخر الى تزكيته
لان العدد عنده شرط وجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده
ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا
اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال
واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز
والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز
الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي
الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة
لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه
العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود
ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها
ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد
مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع
على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع
في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فصل

وما يتحمله الشاهد
على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد
وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن
في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع

من وراء



من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة
تشبه النغمة الا اذا كان داخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس
على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل
العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة
فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يحل له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده
لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء
فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته
لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد
اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط
فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل
هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه
او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة
والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد
غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره
قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد
بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي
فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس
ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم
ولم يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص
بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء
القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل
الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد
بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب

ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل
في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد
اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك
النسب والنكاح • وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد
بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك يطلق الشهادة
ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا • ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم
حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا
وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا
في يد غيره • ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء
ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف • وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز
في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على
الاعصار الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة
فكذا فيما يبتني عليه • واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع
في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان
في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى
ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها
وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل
ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق قول محمد رح في الرواية وقال الشافعي
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رح لان اليد
متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة
ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك
بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع •

وان لم يعاينها



وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة
فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما
يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك • وعن ابي حنيفة
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى
وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة انه يقبل فيما يجري فيه التسامع
لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه • وقال ابو يوسف والشافعي يجوز
اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول
ولسانه غير مؤوف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت
ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه
ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي
بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة شرط
وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق
بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت
قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه
فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب
لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى
بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق
وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين
تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى

واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر
في القذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام
الحد وبالاسلام حدثت شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق
لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا تقبل شهادة
الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل
فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة
لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير
لمن استاجره ولان المنافع بين الاباء والاولاد متصلة ولهذا لا يجوز
اداء الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة
قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي
يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع لاهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة
فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها
قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي تقبل
لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص
والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم
اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة
وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة
الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده
لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه
ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه
لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل

لانتفاء

لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة
لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل
شهادة مخنث ومراده المخنث في الرديء من الافعال لانه فاسق فاما
الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة
ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه
ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء
بصعود سطحه ليطير طيوره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور
وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة
ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل
الحمام بغير مئزر لان كشف العورة حرام قال او ياكل الربوا او يقامر
بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة
للاشتغال بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة
لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا
مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة
وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق
والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك
لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه
بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال
الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما اوقعه فيه الا تدينه وصار كمن شرب المثلث او اكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي
اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف

عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن التهمة
في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت
مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى
والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا
لا تقبل شهادته على المسلم وصار كالمرتد ولنا ما روي عن النبي عليه السلام
انه اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية
على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب عما يعتقده محرم دينه
والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف
شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول
عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ
على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم
المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو
اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار
واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل
لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف
الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال واذا كانت
الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت
شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة
اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا
فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة
المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح

احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه
استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده
وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال
مالك لا يقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل
لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى
جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص وشهادة
العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ رحمهم الله لان نفس
العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان
وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر
عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة
ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان
ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر
الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما
بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان
انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود
المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان
طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين
لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما
ثالثا يملك القاضي نصب الثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي
فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل
الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما

فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله
بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي
لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما تثبت بشهادتهما
وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على
جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع
بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك السر والستر واجب والاشاعة
فانها حرام وانما يرخص فيها ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل
تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما
يدخل تحت الحكم ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر
الشهود لم يقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان
امرا زائدا فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي
استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة
من ماله الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت
الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا
من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا
وطالبتهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد
عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي
تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت
بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا
فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس
ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس

وخيانة

وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل
الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا
اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان
موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع
لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون
عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان
عدلا والظاهر ما ذكرنا **باب الاختلاف في الشهادة** قال
الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان
تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت
فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والآخر
بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد
احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار
كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا وذلك
يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر
عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد
واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما
بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق
الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت
احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة
والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر

لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين قال
وان قال المدعي لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة
لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف
لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال المدعي كان اصل حقي
الف وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه
قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما
بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا
ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء
مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي
للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض
خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل
بقرض الف درهم وشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة
على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر
الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي
اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول
وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه
قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا
عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احداهما
باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت
الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض
بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها
قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف

في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف
في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غير السرقة في البيضاء فلم يتم على كل
فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار
كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد
واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا
يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يبصره بخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد
وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل
انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمائة
فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف
باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان
المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق
بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة
لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا ان كان
هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب
وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي
هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة
ماسة اليه وان كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى
الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العقد والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان
المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة
عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة
ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة

والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز
بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا
وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا
اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع
ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج
والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف
في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه فيستوي دعوى اقل المالين والاكثر في
هو الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما
اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون
المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين
وهذا اصح والاوجه ما ذكرنا **فصل في الشهادة على الارث**
قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها
الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها
ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث
حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث
فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث وهما
يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء
في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث
الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على
ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب
لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك

عن الجر والنقل قال وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات
وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك
بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة
على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت
في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة
كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا
بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول
لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء
باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة
قال فان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به
لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي
دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم **باب الشهادة
على الشهادة** الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة
وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء
الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى
الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت
الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة
احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان
لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا
قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين

ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق
آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو
حجة على مالك رح ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة
قال وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد
على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني
على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر
ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء وإن لم
يشهدني على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة
وإن لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الأداء
أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال
لي اشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته وذكر شهادة
الأصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير
الأمور أوساطها ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد
السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل
وهذا ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول
جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لأنه لا بد
من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل
شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة
ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم
لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء
يتحقق العجز وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر
بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم
وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة

لا يستطيع

لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس
قالوا الأول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله
قال فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز لأنهم من أهل التزكية
وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمر
أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم
في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في نفسه وإن ردت
شهادة صاحبه فلا تهمة قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر
القاضي في حالهم وهذا عند أبي يوسف وقال محمد لا تقبل لأنه
لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل
ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم
وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا
قال وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لا تقبل شهادة شهود الفرع
لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط وإذا شهد
رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا
أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري هي هذه أم لا فإنه
يقال للمدعي هات شاهدين أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة
بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها
فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة
بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان
على أن المحدودة بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي
إلى القاضي لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال
ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين

التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا
لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة
الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها
خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة
وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ
يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره
وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر
رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه
ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر
فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار
يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر
ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه
وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ
الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه
كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي
بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول
انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر
شمس الائمة السرخسي رحمه الله يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس
على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود
وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا

يعزران

يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر
على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة
والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت
بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا
لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ
الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة
على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم
ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح
الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة
والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان
واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه
رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينة عليهما لانه ادعى
رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال
تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا
ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب
الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله
لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر
ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء
وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي
لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي

المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين
اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف
والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي
من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم
فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق
باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع
فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم
يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت
ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف
الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة
ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت
اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل
والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء
فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل
اليه ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام
في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل
فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا
ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون
المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد
فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة

بالنكاح

بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل
من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين
يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير
متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل على ما عرف وكذا اذا شهدا
على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع
متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا
لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض
فان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير
عوض قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه
ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان
لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه
خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار
اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول
بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط
الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا
ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر
كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا
بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته
لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص
ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص
منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان
والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب

يقضي به غالبا ولا يقضي بهما لان العفو مندوب بخلاف الحد
لانه يورث شبهة ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل
من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات
والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان
الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم
ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا
فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء
لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا
اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف
لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي
بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا
يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم
وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء
ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي
ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان
متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب
شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي
من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا
عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع
المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون
لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية
اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى

علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان
باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين
خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبت السبب دون
الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون
شهادة شهود الشرط فلو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ
فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول والله اعلم

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز
ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار
بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله دفعا للحاجة
وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج
عمر بن ام سلمة قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا
من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا
رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رض
وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة
لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف
غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء
هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد
باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة
الشهود ومحمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا
الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل
عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب



كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الحضور
شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب
من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع
غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر
وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم الا ان يكون
الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز
بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الخلاف
في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضى غيره
كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا
يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به
فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر
بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم
كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة
ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالخروج وحضور مجلس الحكم
قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق
بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه
المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك
التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة
الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان
يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل
في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا
لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون

مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل
صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما
الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ
تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه
في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام
العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف
ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد له خيار
الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه
يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين
كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل
دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم
التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول
والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم
بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة
العقد الى الموكل ولو كان سفيرا لما استغنى عن ذلك كالرسول
واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع
ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم
في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت
للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد و
هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسألة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى
قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم
وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني

عن اضافته العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار
كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط
فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار
فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل
بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض
سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل
اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة
الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف
الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه
اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد
فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان
الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع
اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان
له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل
وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة
ومحمد رح لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

ومن وكل رجلا
بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير
الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول
ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون
ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف
استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار

هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا
او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك
الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة
وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه
بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع
الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل
انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا
اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة
الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده
من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير
ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب
على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل
فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس
الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى
الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى
ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه
وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع
الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها
والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين
على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف
املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف

في الاكل فيبقى على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت
فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى
الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده
لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده
الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية
فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى
كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل
بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر
ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز
فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز
فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق
من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق
بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق
به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة
في العقد لا في القبض وتنتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله
وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة
حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب
على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه
ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه
من ماله قال فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل
ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا
بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل

وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده
فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون
راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل
ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا
ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول
ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة
البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف
انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف
المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ
في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به
قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين
رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل
منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون
وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رح ومحمد لم يذكر
الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم
وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد
زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين
ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ
شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان
الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى
ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود
الامر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه

لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه
على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه
او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى
الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه
خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول
نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله
بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت
الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة
على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد
عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا
وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه
كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء
لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان
اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها
لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل
وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة
على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو
للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله
لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا
يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك
المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه
حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام
في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف

فقال



فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول
قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان
في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر
وهو ينكر والقول قول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد
الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا
ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم
في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول قول الآمر لانه موضع تهمة
بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر
بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك
ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي
فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع
لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف
غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رح وان كان العبد هالكا والثمن
منقودا فالقول للمامور وان كان غير منقود فالقول للآمر على ما مر في غير المعين
ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان
امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه
فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان
الاقرار يرتد برده الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا
وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره
حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم
على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس

والتحصيل لاستتمام مراد الآمر وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا
بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز
لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه
لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف
وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل
جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما
سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة
ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر
قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف
قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح
به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها
وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف
بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي
جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن
لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل
غرض الآمر قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها
هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع
ولو عين البائع يجوز على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري
بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر
مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رح هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا
اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه



لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق
والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده
ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة
بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى
بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله
وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين
البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره
بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل
نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد
البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها
جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور
اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت
تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة
والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي
خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والآمر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال فان لم يكن دفع
اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة
وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل
في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف
في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم
الجارية المأمور ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم ثمنه

فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف
وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف
هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى
هو غائب فاعتبر الخلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر
معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي
عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف
وهذا قول الامام ابي منصور رحمه الله وهو اظهر **فصل في التوكيل**
بشراء نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى
ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا
فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد
نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه
الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب
الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة
للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء
العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك
له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا
للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد
من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد
وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما هنا فاحدهما اعتاق
معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه
ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان
بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه

لانه

لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته
في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر
صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه
اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان
وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل
وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين
فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه **فصل**
في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه
وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم
بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ
الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع
من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب
وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم
متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف
على هذا الخلاف **قال** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن
الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر
يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد
بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد
التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع
بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع
من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه

الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير
موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة
الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة على ما هو
المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به
غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر
فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد
منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان
وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه
وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده
لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك
الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت
تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده
وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول
ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف
قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ
مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل
بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا
يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر
قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان
لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي
قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر

لم يقع

لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما قال وان وكله بشراء
عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه
لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان
كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى
الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا
بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر
وآخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر اطلاقه والامر
بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق
قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده
عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء
يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل
اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر
لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ
او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب
حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان
القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد
على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده
عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته
فيلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار
حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا
ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او بنكوله بخلاف ما اذا كان

رد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه
لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم
ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ
كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو
كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل
من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات
ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل
الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة
باطول من هذا **قال** ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد
فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول
قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق
قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول
قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه
يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب
في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق
بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه
نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما
يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم **قال** ومن امر رجلا
ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به
كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق
وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة بجانب
الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل ع

وقد

وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع
يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل** واذا وكل
وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف
يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما
لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع
استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **قال** الا ان يوكلهما
بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس
القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة **قال** او بطلاق
زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء
دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما
طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما
الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره
بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض
اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الآراء **قال** الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا
او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز
في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله
ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب
القاضي **قال** فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز
لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه
وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه
وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر

قوله فاذا تفرد احد الوكيلين بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومته قال عامة المشايخ على انه لا يشترط كفاية

[illegible]

في فتاوى البقالي ان الحقوق ترجع الى الاول وفي وكالة الحيل في العيون ترجع الى العاقد والصحيح انه ترجع الى الثاني حاكم حط سهوا حافظ الدين البخاري

الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن
ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض
اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري
على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم
الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب والعبد والذمي
ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه
التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق
لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له
على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من
التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة
والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد
والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي
فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا
عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية
نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم يستقر جهة الانقطاع
اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض
خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض
به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها
بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء
وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي
يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف
بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال فان كانا

وكيلين



وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما
واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء
الموكل وابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها ولابي حنيفة انه وكله
بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور
الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة
والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه
باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك
والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة
تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا
يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي
هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب
وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت
لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل
في القبض فيقصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار
كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده
كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه
اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق
على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق
والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز

إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
إلا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه وإن أقر
في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين وهو
قول أبي يوسف أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة
والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا
لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار وكذا لو وكله بالجواب
مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الأهدى فالأهدى
وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك
مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى
فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف أنه لا يصح
لأنه لا يملكه وعن محمد أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند
الإطلاق يحمل على الأولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه
في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويتخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف
إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا
إقرار نائبه وهما يقولان إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة
أو مجازاً والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة
الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو
الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره
في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه
صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء
لا يصح ولا يدفع المال إليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب
المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً لأن الوكيل من
يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم

الركن

الركن ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو صححناها لا يقبل
لكونه مبرئاً نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه
مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وكان له أن يطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب
بقبض المال من العبد كان باطلاً لما بينا قال ومن ادعى أنه وكيل الغائب
في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه
لأن ما يقضيه خالص ماله فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه
الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول
في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً
في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض قبضه
وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق
في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال إلا أن يكون
ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة
أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان
ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع
صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة
وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا
إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفي الوجوه
كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى
صار حقاً للغائب إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي
على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن
من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس
عن غرضه ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع
لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بمال الغير بخلاف الدين على ما مر

ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث. ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه **قال** فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق **قال** ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب **قال** وان وكله بالرد بعيب في جارية فادعى البائع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك. وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق فانه يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل

الوكيل

الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به. ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده **قال** وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير. وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف. **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل
بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت
الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا
لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد رح
فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع
المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق
لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف
انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف بالاهلية وولاية
التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود
كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب
مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل
والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال
وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر
بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم
وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه
الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله
بطلاق امراته فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع
فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها
الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله
ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف
انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع للوكيل من التصرف

فصار

فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه
ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل
عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة
فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله تعالى اعلم

كتاب الدعوى قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما
يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من
لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير
حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر
وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت
الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة
لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما
في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة
الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه
كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف
لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول
لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى
وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب
الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة

واليمين اذا انكر وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة
ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة
تعرف به وقد تعذرت مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال فان ادعى عقارا
حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف
بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به
ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم
ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف
هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود
يكتفي بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
لانه يختلف به المدعا ولا كذلك تركها وكما يشترط التحديد في الدعوى
يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه
لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى
بذكر المدعي وتصديق المدعا عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه
الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار
عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله
وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون
مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا
الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب
الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف
لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل المدعا عليه عنها
لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب

بنفسه

بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام
الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد
من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا
ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام صلى الله عليه وسلم

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
عند ابي حنيفة معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين
حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت
الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه
دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره
الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي
لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي
الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء
وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق
وبينة الخارج اولى وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها
باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق
والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا
لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك
بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء
الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول
والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يقضي بها بل ترد اليمين على المدعي
فاذا حلف يقضي به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع
عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي

ولئن الظهور فيصار اليه ولكن ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي
ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت
عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء
قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا
التكرار ذكره الخصاف رح لزيادة الاحتياط والمبالغة
في ابلاء العذر فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز
لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله
لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه
لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كانت الدعوى
نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح
والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء
والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله
الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية
انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى
يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول
اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمنا فكان اقرارا
او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة
والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة
انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا
اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء
وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل

لدفع

لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة
اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه
والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين ويستحلف
السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان
ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليهما
رجل وامراتان قال واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف
يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك
دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب
اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع
في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد
اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب
في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج
في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم
ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس
حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد
لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به
القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى
من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل
بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان
وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد

لانه قاطع للخصومة به فصار كقطع اليد لاكلة وقلع السن للوجع
واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما
في القسامة **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه
كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس
جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان
عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا
لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه
وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن
وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال
والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر
حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة
قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون
غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر
المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة
زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار
ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى
والله اعلم

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر وتؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ
وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا
عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء
منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط

كيلا

كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ
فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير **قال** ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ
للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله **قال** ويستحلف
اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام لابن صوريا
الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام ان حكم
الزنا في كتابكم هذا ولان اليهود يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني
نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه
ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد رح في الاصل
ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا
رح لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف
الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة
باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله
قال ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو
ممنوع عن ذلك **قال** ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان
لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب
ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع **قال** ومن
ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم
ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف
في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت

لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم
في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن
منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح
قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعا عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول
ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ
يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعا عليه ان انكر السبب يحلف عليه
وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما
اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي
فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة
والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها
لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر
في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب
بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف لانه في العبد
الكافر لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق
ولا يكرر على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا وادعاه آخر
استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق
لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة **قال**
ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي عنه وليس له ان يستحلفه على
تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف
المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه
او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام
احدهما البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى
والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة
المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض
في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع
اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات
وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن
الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم
ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع
المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به
يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على
دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما
منكر فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي
شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
قال ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا
ورواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول
وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع
الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا

ويبتدئ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول
ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين
بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين
ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه
بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف
يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان
على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم
قاتلا قال وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ
بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول
فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا
بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل
احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه
معارضا لدعوى الاخر فيلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل
او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما
لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد
بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة
الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس
الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل
لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال
والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان
بعارض الشرط والقول للمنكر للعوارض قال فان هلك المبيع

ثم اختلفا

ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري
وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي
وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب
لهما ان كل واحد يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر
ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا
في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف
بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد
الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ
ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه
لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة
ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد
الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له
مثل او قيمته ان لم يكن له مثل وان هلك احد العبدين ثم اختلفا
في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة
الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة
الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان
في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك
كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف
ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف
بعد القبض ثبت نصا على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي
اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف

في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة والقيمة
تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز
الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون
الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف
كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي
ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال
بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري
وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين
المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري
فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رح
ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ
او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي
وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح
ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل
لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن
الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف
يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري
حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا
في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة
تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر
في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب
وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده

ويقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع
لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان
قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة
البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك
وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين
وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات
يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر
في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة
الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف رح
قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما
يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص
لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه
بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه
على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث
على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري
ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم
عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول
المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل
النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى
ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم
الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود
البيع فدل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر

فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين
فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما
البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان
مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة
ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل
بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية
يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف
به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان
مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعت المراة وان كان مهر مثلها
اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة قضي لها بمهر المثل
لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه
ذكر التحالف ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له
مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم
في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة
النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه
في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج
النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة
المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها
قيمتها دون عينها لان تملك عينها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد
فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه
تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف
في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل
قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة

فان وقع

ان وقع الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة
وان وقع في المنفعة يبدا بيمين المؤاجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤاجر اولى ان كان
الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان
فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا
بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان اختلفا
بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما
وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد
فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع
فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء
بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي
قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة
كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة
فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب
في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع
والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره
فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل
بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب
مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا

لا غير فلا يتحالفان قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح
للرجال فهو للرجل كالعمامة لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو
للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل
لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد
بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما إذا كان
الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة فإن مات
أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو
للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر الزوج
ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام
الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان
للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا والطلاق
والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما
مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى وللحي بعد الممات
لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر
لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه
عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين
المدعي وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن
يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لأنه تعذر
إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه

قلنا

قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت
ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة إذا
أقامت البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون إقامة
البينة كما قال ابن أبي ليلى لأنه صار خصما بظاهر يده فهو بإقراره يريد
أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى
تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره وقال أبو يوسف إن كان
الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر
يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه
القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع
الخصومة عنه لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله
إلى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا
نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله
للوجه الثاني وعند أبي حنيفة رح تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين
وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول
فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي أضر بنفسه
حيث نسي خصمه أو أضره شهوده وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى
وذكرنا الأقوال الخمسة وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم
لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وإن قال المدعي
غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد
البينة على الوديعة لأنه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده
بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح
دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وإن قال المدعي

سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع
الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال
محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني
على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة
والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه
واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب
لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان
وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها
الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة
ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان قال واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر
كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال
الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى
البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة
واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا او يصار الى القرعة لانه عليه السلام
اقرع وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة
واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث
القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق
كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك
والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد
امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب

الاستحقاق

الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض
بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع
الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين
وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول
اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما
فان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد
احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم
ادعى اخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك لان القضاء الاول
قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا
لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج
ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى
اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب
اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف
الثمن وان شاء ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل
فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار
لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع
فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك
قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ
سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما
ولم يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك
الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك
وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات
فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا
ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة
قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما
بينة ولا تاريخ معهما فالشرى اولى لان الشرى اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض
وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء
حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه
يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة
صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح
لانه تنفيذ الهبة في الشائع قال واذا ادعى احدهما الشراء وادعت
امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد
منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح
وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين
بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند
تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا
واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى
لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم
الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف
الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان
تثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة
فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ
فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى

الملك

الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد
معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فان اقام كل واحد منهما
البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك
لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت
احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت
احديهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف
ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته
فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره
ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره
والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل
كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال وان اقام
الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم
تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد
وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق
الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة
مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت
فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا
ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما
دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال
ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى

لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب
التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع ولا دفع
هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار
في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى
لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة
بعضهم على البعض ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك
الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما في الشراء
ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره
فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ
قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج
فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستوتا
فترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله
عيسى بن ابان رح انه تتهاتر البينتان فيترك في يده لا على طريق
القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده
فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة
على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان
بينته قامت على اولية الملك فلا تثبت للاخر الا بالتلقي من جهته
وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى
لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه
بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج

تقبل وبعض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب
التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك
لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد
والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج
بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل
عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه
بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل وان اقام الخارج البينة
على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد
اولى لان الاول ان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي
هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الاخر ولا تاريخ معهما
تهاترت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون
للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الاخر
وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر
لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما
ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا
على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا ولان السبب يراد
لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي
القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد
الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض
مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص

فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع
والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد
من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم
تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد عندهما فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد
وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه
قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضي لصاحب اليد
لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد
اسبق يقضي للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض
ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام
احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين
علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة
فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان
احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان
صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما
في النصف الآخر فيتنصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق
العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب
النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد
لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت
الدار في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها
لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضي ببينته والنصف الذي
في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له

ولو لم يتصرف

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى
فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة
انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين
فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما
لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة
الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين
فيترك في يد من كانت في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام
رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بالوديعة فهو بينهما لاستوائهما
في الاستحقاق **فصل في التنازع بالايدي** قال واذا تنازعا
في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه
اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه
فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما
في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل
اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط
احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق
القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة
من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال واذا كان
الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله
لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه
اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو
عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو

بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فهو كبير وادعى الحرية لا يكون القول
قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائط لرجل
عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع
والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب
استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما
عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره
فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر
لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء
يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط
لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع
ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان
جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع
جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل
ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون
بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان
الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط
يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر
شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر
ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر
اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب
الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى
ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد

ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع
جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي رح وصححها الجرجاني رح
قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد
الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها
وهو المرور فيها **قال** واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل
واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة
انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب
عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده
لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما
لما بينا فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن
في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه
البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو
ابن البايع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح
دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه
مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال
العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا
ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع
لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان
ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى
لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد
وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة

البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا
اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل
البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق
ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت
به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة
البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق
في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت النسب
وبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى
لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه
البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد
في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته
الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه
البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد
واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات
التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد
وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت
لها حق الحرية وله حقيقتها قال ويرد الثمن كله في قول
ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين
انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب
فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير
واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري
فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه
بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته باطلة

ووجه الفرق

ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر
وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في
وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته
كما في ولد المغرور فانه حر والامة امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح
وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع
وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب
وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الام حق الحرية وفي الولد للبايع
حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق
لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول
يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن في هو الصحيح كما ذكرنا
في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري
من آخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع
يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك
اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها
ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله ويصح
الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه
المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع
لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه
قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان
التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور
علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير

وإذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه
المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري
لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة
ملكه إذ المسألة مفروضة فيه ثبت حرية الأصل فيثبت نسب الآخر
وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان فتبين أن عتق المشتري هناك
وشراءه لاقى حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن
يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا لحرية
فيه حرية الأصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد
الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام
شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال وإذا كان الصبي
في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن
ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه وهذا عند أبي حنيفة وقالا
إذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان
ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار ارتد برد العبد
فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان
لا يحتمل النقض ألا ترى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر
المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال
أنا أعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به
حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه
من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة أن النسب
مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع
دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه

لنفسه

لنفسه وهذا لأنه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت
النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسألة
الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى
كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء
الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب
على ما مر وهذا يصح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه
الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره قال
وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال
المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لأن الإسلام مرجح فيستدعي
تعارضا ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف
الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعواهما دعوة البنوة فالمسلم أولى
ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين قال وإذا ادعت امرأة
صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى
المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب
على الغير فلا تصدق إلا بحجة بخلاف الرجل لأنه يحمل على نفسه
ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد أما النسب
يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة
القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة
عند أبي حنيفة رح وقد مر في الطلاق فإن لم تكن منكوحة ولا معتدة
قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون
غيرها وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها

فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة
وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت
انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما
او لقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق
عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل منهما هو بيني وبين رجل آخر
غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر
لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى
جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد
يوم الخصومة لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا
على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب
فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم
الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد
المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع
ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك
مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل
في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله
غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه
فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له
سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها
فلا يرجع به على البايع والله اعلم

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به
او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم

لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم
باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره
فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون
وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال
ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين
برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه
من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك
حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل
لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان
الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع
صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح
جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار
اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له فان المجهول
لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما
اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه
الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان
علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له
لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله
مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا
قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين
ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال
فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل
ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم

لانه لا بعد ما لا عرف ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم
لانه اقيم مال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر
صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة انه لا يصدق
في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به
اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم
اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين
لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب
ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من فن سماه اعتبارا لادنى
الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا
عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب
النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله
ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر
درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال
دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ
يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق
في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف
العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما
لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف
العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره
ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير
واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون
وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي
او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة الايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان

على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ
يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا
لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة
لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان يكون ابراء عن الدين
والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي
او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك
اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت
اقلهما ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني
بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن
المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم
يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل
انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء
كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي
سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل
الدين قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه
في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه
فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار
بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة
قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر
فان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب
لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس
في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدرهم معطوف
عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني



وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد
واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة
الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والمكيل والموزون واما
الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة
وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب
لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف
فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال
ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله
غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام
في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة تمرا
لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن
اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون
بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد يضمنهما
ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص
لان اسم الخاتم يشمل الكل وان اقر له بسيف فله النصل والجفن
والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة
لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه
جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب
في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد
لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه
الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف

ولابي يوسف

ولابي يوسف ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى
فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم
على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول
محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه
خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان
اللفظ يحتمله ولو قال علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة
لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط
الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه
ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مر الدلائل
في الطلاق **فصل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال
اوصى بها له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر
بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما
وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث
حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال
المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار
لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله
وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له
واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل
جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا



وهو الوصية به من جهة غيره فيحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل
الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة
الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم باب الاستثناء
وما في معناه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي
لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال
وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل
الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا
وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او
الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال
محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه
لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا
جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث
الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان
اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة
وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم
وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا
فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه
الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان
الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق
بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا جاء راس الشهر او اذا
افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا



حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار
واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا
الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم
والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا
ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة
عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض
دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال والارض لفلان حيث يكون
البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار
ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه
فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا
وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت
بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك
ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره
به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد
حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه
ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه
دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر
يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف
ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا
بعينه فان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولم يصدق
في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه

اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين
ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة
بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك
المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا
فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصله
صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون
ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر
ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع
فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض
والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان
هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره
يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا ولا يصح
مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله
بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب
الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال
لفلان على الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره
عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه
شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال
في آخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له
على الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي
زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة
وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق

وعلى هذا

وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال
الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على الف درهم زيوف من
ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وهذا
لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق بمجازه الا ان مطلقه
ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال
الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد
يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع
عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري
بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان
والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة
يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف
لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من
ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة
عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول يصدق في الزيوف في القرض
اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب
ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال
لفلان على الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق
بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار
ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو
قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة
صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل
ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له

وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض
فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب
والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس
الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل
صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف
الزيافة لانه وصف والاستثناء يرد على المقدار دون الوصف وهو
تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع فهو واصل لعدم
امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول
قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف
درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال
اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول
اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر
ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره
وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره
مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال
قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة
فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها
منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر
وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن
الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر
فافترقا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها

فقال

فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها
عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه فلانا
فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول
قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول
الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف
الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم
ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح
وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد
في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه
وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له
باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع
اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه
آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال
فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان
على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة
وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاه لانه ذكر
الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا
بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي
عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول
قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون
فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه
من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا المقبوض عين ما ادعى

الاجارة وما اشبهها فافترقا قال ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض
او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها
فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر
فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك
في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم
ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل
وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

قال واذا اقر
الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته
في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب
مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة
القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان
الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك
لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع
والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية
وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق
بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة
الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه
حالة عجز فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة
في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه
وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل
دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ولو اقر بعين في يده

لاخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به قال ولا يجوز للمريض ان يقضي
دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين
وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه
او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه بالبينة قال فاذا قضيت
يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حال المرض
لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم
ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه
لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه
اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا
يقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان تصدقه
فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت
لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر
وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث
ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض ابطال حق
الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق
الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة
لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما
تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته
ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح
اقراره قال واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس
ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول

لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه
الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي
ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت
العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها
تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته
في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها
منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث
فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها
ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت فصل ومن اقر بغلام يولد
مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت
نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح
اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر
وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما
شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه
بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج
الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه
صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس
فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج
والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير
وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق
له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول

وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى
من هذا الكتاب ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب
بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة
لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث
من احكامه وعند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت
ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث
لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند
الى اول الاقرار ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو
الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير
فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث
من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف
وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف
في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه
فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير
وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع
ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا
نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر
المقر وارثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص
لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت
فبطل اقراره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا
ويشاركه في الارث لان اقراره يتضمن شيئين حمل النسب على الغير
ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن

ولكن يقبل في حق العتق. ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم
فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لانه اقر
على نفسه وعلى اخيه وعلى الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا
كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر
انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء
يرجع القابض على الغريم ويرجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور والله اعلم

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح
مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل
ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز
فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رح
لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل
كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه
يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا
وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على
ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه
لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال
وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم جائز. قال فان وقع الصلح
عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال
لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين
بتراضيهما فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه
خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة
دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل

وان وقع

وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة
وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت
فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة. والصلح عن السكوت
والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق
المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما
يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر
وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه
بالشك. واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان
عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا
لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث
يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة
في حقه فيلزمه الشفعة في حقه باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه
قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع
المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم
الاستحقاق في البيع هذا. وان وقع الصلح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه
ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق
تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده
وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض
في هذا القدر عن الغرض. ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه
لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار
او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه
لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار



شيا حيث يرجع بالمدعا لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له
وكذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى
حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيا
من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق
كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شي يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه
في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه
من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين
اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي
او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي فصل والصلح جائز
عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع
لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله
على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن
والصلح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الاية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو
بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة
المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه
موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شي لانه لا يجب بمطلق العفو
وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب
مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس
وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح
لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل
في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة

لانه

لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة
حتى لا يجب المال بالصلح عنه ثم ان في بطلان الكفالة روايتين
على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها
المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه
مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزائد بخلاف الصلح عن القصاص
حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما
يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح
على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس
كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية
فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء
فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير
بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال
ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها
لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة
لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل
في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال
واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى
ترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه
بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له
ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال
وان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز
قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز

وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك
الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض
في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء
يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال
اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا
الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه
يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار
العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له
رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه
عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف
فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته
وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل
عن ملكه وهذا اشتراؤه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته
دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رح يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس
فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون
ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين
فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا
وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى
لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله
اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد
القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين

اعتقه

اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل
باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة
في العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه
على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل باب التبرع بالصلح والتوكيل به
قال ومن وكل رجلا بالصلح فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان
يضمنه والمال لازم للموكل وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن
دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض
فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه
لانه حينئذ مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن
مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره
فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل
للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح
اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي في الخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا
على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون
لهذا المصالح شيء من المدعا وانما ذلك للمدعى عليه لان تصحيحه بطريق
الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك
ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها
لانه لما اضافه الى ماله فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال
صالحتك على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له
فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف
فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل

في العقد انما هو المدعا عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي
يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا
من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر
ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه
لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق
العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء
من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح
وان لم يسلم له لم يرجع بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة
وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه
جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له
ما سماه رجع عليه ببدله **باب الصلح في الدين** وكل شيء وقع
عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل
على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم
فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف
جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه
ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا
للبعض في المسئلة الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح
على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة
لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه
على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن
حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير
نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على
خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد

فيكون

فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان
له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة
بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة
وزيادة وصف فيكون ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض
على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح
على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة
الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار
فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل
اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل
معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له
على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء
من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف
وهو قول ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه الالف
لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة
على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده
مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما
ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسمائة
في الغد وانه يصلح غرضا حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة
اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود
معنى المقابلة فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه
او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به
كما في الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه
وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك

من الالف على خمسمائة تدفعها الي غداً وانت بريء من الفضل على انك ان
لم تدفعها الي غداً فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى
بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف
على ان تعطيني الخمسمائة غداً فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه
اطلق الابراء اولاً واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً
فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة حيث
لان الابراء حصل مقروناً به فمن حيث انه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ومن حيث
انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع
اذا قال ادّ الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتاً
وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت
للاداء وقتاً لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق الازمان
فلم يتقيد فيحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لان الاداء
في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال
اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه
بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك
حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد
قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني
ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسألة اذا قال ذلك سراً اما
اذا قال علانية يؤخذ منه

فصل في الدين المشترك

واذا كان
الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار
ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك
بين اثنين اذا قبض احدهما شيئاً منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض

لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة
راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد وله حق المشاركة
ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة
وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته
والدين المشترك ان يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان
صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك اذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب له ان يتبع الذي
عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن
له حق المشاركة فان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى
نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان
على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي
على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة
كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضاً حقه بالمقاصة
كملاً لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض
والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما
ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده
والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه
حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض
ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم
له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين
عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاضٍ بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه

فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة
على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا
وهلك في يده فهو قبض ولو استاجر بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد
خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا
الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا
فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة
الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر بخلاف
شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام
بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض
فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيعود الى الغريم
بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه
فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا
احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا
كان ما اعطوه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه
فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه
عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة
فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك
لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض

في المجلس

في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا
يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا
لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت
التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد
ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله
والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا ولا بد من التقابض
فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر
ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان في التركة
دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف
ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط فيه التقابض
للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح
على ان يخرجوا المصالح عنه فيكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا
ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز
لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه
حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين
ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه
ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء
ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل
والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة
ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة
قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها
لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة

وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة
لم يتملكها الورثة وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا
دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة
انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق
الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال
غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة
الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير
والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم
وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى المضارب امانة
في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل
فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا
من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب
العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه
على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين
ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح
لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب
كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم
بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه
جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة ولا مانع
من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان فاعمل به مضاربة
جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين في ذمتك حيث لا تصح

المضاربة لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع
وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض
قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما منه
دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة ولا بد منها كما في عقد الشركة
قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر
فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده
والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح
المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا
لمحمد لما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل
لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل وقد وجد وعن ابي يوسف
انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة
الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة
في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب
ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه
وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف
فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما
لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع
خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود
وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك
ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين



واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك
له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو
غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف
الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما
فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة
جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة
فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من
صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع
له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة
من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف انه ليس له
ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له
ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير
بلده فله ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر
ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب
المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما
في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان
كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل
برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف
الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه
التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع
كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة
عليه اما الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه

فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص
فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها
من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه
الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان
ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده
الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف
في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده
بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر
كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط
الشراء بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة
ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال
احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج
وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال
على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر
مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي
بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية
اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا
وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال
فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة
لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله
ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه

مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري بها من الصيارفة
وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من الصيارفة جاز لان
فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا
هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة
وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت
مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها
لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق
فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر
والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق
المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة
لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء
اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري
من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق
على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم
ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال
المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز له ان يشتريهم لانه لا مانع
من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء
عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه
لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء
يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد
في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده ويسعى فيه كما في الورثة

قا

قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى جارية
قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام
الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف
ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر
حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح
لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق براس المال كمال المضاربة
اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر الربح كذا هذا
فاذا ازدادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق
فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار
فيجوز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه
واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه
ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب
والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان
اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست
ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال
والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض
رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف
المأخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية
كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش
الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت
تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال

لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد
جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة ضمن نصيب شريكه كذا هذا
بخلاف ضمان الولد على ما مر **باب المضارب يضارب**
واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب
المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا
ربح ضمن الاول لرب المال قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا عمل به ضمن ربح
او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل
وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع
وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما
يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح
ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب
فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن
كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت
فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله
فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني
وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن
بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء
ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا
عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق بين هذه وبين مودع
المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون
ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون
ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا
دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعهدة لانه عامل له كما
في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح
بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب
الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعري عن نوع خبث
قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه
الى غيره مضاربة فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان
رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع
الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف
تصرفه الى نصيبه فقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له
فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع
للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه
بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا
نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول
وبين رب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه
نصف ما رزق الله الاول وقد رزق الله الثلثين فيكون بينهما
بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان
قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره
بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال
نصفان لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه

من جهة رب المال بيقين وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما يربح
الاول ولم يربح الاول الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له
على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال له ما كان من فضل فبيني
وبينك نصفين وقد دفع الى اخر مضاربة بالنصف فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول
لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف
للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء
كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيط بمثله
وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني
سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال
فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون
المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به
ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو
نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم
ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا
واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى اخذه اذا اودعه العبد
وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون
واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية من رب المال
والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم
على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط

والثلث

والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان
عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون
عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين
لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند
ابي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف **فصل في العزل
والقسمة** واذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة لانه
توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل
ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام
والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة
الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف
مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان
المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف
في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب
ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض
فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح
وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض بالبيع **قال**
ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة
معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان
عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف
فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة **قال**
رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان
لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها

استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا
موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها **قال**
واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم
على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير لان الربح كالاجر له وان
لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء
ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد
ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه **قال** في الجامع الصغير
يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر
الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر
عادة **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال
لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك
الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب
لانه امين وان كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال
او بعضه ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان
قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء
عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه
من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه
وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال
فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب
لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال
لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية
عقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الاولى كما
اذا دفع اليه مالا آخر **فصل فيما يفعله المضارب** **قال** ويجوز

للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه
اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام
المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا
لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند
ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن
لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك
واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل
لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر جاز
لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث
يعتبر فيه النظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب
ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة
وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشرى للحاجة اليه والرهن
والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع
والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد
ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود
الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط
مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته
لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت
مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه
عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع
لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال

وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى
براس المال سلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد
عليه المضاربة ولم يرض به ولا بشغل ذمته بالدين ولو اذن له
رب المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة
شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها
لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة
والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج
عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة
لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط
النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار
كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة
لا يدخل تحت مطلق المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيئا
من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال
وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة لان رب
المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا
ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت
وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف
والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه
في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال
مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال
وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع
واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الاولى واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال قال فان سافر

فطعامه

فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال ومعناه شراء وكراء في المال
ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة
والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة
فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد
فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف
البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة
لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو
ثم يروح ويبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت
باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف
الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير
يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج
اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل
ان جاوزه اعتبارا بالمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء
ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح
بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة
الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض فلهذا كانت
نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال
ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع
من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار
بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية
بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى
بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو

متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر
وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال
قايم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة
بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قايم به ولهذا اذا فعله
الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا
بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر**
قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بالفين
فاشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال
الف وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه
على المضاربة **قال** رضي الله عنه وهذا الذي ذكره حاصل الجواب
لان الثمن كله على المضارب اذ العاقد هو الا ان له حق الرجوع
على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة
ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى
بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة
على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن
لما بينا وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل
من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة
ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون
راس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة
ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك
فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف
يرفع راس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما **قال** وان كان معه الف

فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة
على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة
وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة
على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو
اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف
ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو
نصيب رب المال وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع
الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك
فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال
عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس المال
لان قيمته الفان فاذا فديا يخرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب
لما بينا ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما
لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم
لان جميع الثمن على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة
الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء
كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب
يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** وان كان معه الف
فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك
الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده ولا يصير مستوفيا
انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى
بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد
الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة

تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة
في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال
فهلك لا يرجع لانه ثبت له الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض
بعده اما المدفوع اليه قبل الشرا امانة في يده وهو قائم على الامانة
بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفا
على ما مر **فصل في الاختلاف** **قال** فان كان مع المضارب
الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال
لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح
يقول القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي
عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر
في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله
القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض
ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان
الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على
ما ادعى من الفضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان
معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا
وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة
او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان
المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال
المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط

بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول قول
رب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة
بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين
ينقض الاول والله اعلم **كتاب الوديعة** **قال** الوديعة امانة
في يد المودع اذا هلكت لم يضمن لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل
ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس اليها حاجة
فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع
ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ ماله
على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله
لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك
راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي
بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشي لا يتضمن مثله
كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر
الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه **قال** الا ان يقع في داره حريق
فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة يخاف الغرق فيلقيها الى سفينة
اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق
على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب
فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع فان طلبها صاحبها فحبسها
وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن
راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه **قال** فان خلطها المودع
بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا
اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض

والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول
الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه
دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل
يتعذر الوصول معه الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيار
الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه
يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك
صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باختلاف الجنس ومن هذا القبيل
خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر
فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة ينقطع حق
المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر
اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب
الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة
لانه يصير مائعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو
شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها
لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق
المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره
بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى
المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا
فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي وردها الى يده
زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا

ان الامر

ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا
ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ
في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها
لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب
مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع
العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع
كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان
المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه
بحضرة الموكل فاذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب
المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها
لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب
الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر
منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة وقالا
ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك
في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان
الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه
مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي
يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ
باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به
والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله
فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان
العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن

لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع
رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما وطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى
يحضر الاخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع
الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ
نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو
المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه
كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلمه اليه وهو النصف
ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح
انه يطالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع
والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع
ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه
قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له
الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه
اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل
عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر
ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم
جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما
الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر
ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما
كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول

البعض

البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضى المالك
فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن
وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه
اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع
الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة
للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير
اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه
لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه
وكما اذا كانت الوديعة شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع
الى امراته وهو محمل الاول لانه لا يمكنه اقامة العمل مع مراعاة
هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن
لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن
العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت
فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد
فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها
في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا
فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت
الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ
فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها
آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الاخر وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاخر رجع
على الاول وان ضمن الاول لم يرجع على الاخر لهما انه قبض المال
من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض

بما نذكره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما فان
ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع
ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه
بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن
ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ
الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني مستمر على الحالة الاولى ولم يوجد
منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان
في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه
وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح
ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف
على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين
وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا
اقرع بينهما تطييبا لقلبيهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني
فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضي له لوجود
الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا
اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة
عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء
ولو نكل للثاني ايضا يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب
الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف
اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى
القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح
الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي له لان

لان القضا

لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بسبقه او بالقرعة وفي
ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه ينفذ قضاؤه للاول وهي
المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء
من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعدما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا
عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي
ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع
اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له
وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله اعلم

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان
وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وهي
تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هو اباحة الانتفاع
بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة
ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة
من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية
وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك
كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان
تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة
استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة
وهي تمليك المنافع والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم
فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند
ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا تحصل المنافع على ملكه ولا
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى

قال: وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه، وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه
ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما
لتمليك العين، وعند عدم إرادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا
قال: وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه، وداري لك
سكنى لأن معناه سكناها لك، وداري لك عمري سكنى لأنه جعل سكناها
له مدة عمره، وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع
فحمل عليه بدلالة آخره. قال: وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء
لقوله عليه السلام: المنحة مردودة والعارية مؤداة، ولأن المنافع
تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل
به القبض فصح الرجوع عنه. قال: والعارية أمانة إن هلكت من غير
تعد لم يضمن. وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه، والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه، ولهذا
كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء. ولنا أن اللفظ
لا ينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها
والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه، والإذن وإن ثبت
لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعديا، وإنما وجب
الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض
والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد
له حكم العقد على ما عرف في موضعه. قال: وليس للمستعير أن يؤاجر
ما استعاره، فإن آجره فعطب ضمن لأن الإعارة دون الإجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازما لأنه
حينئذ يكون بتسليط من المعير، وفي وقوعه لازما زيادة ضرر
بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه

وضمنه

وضمنه حين سلمه لأنه إذا لم يتبين وله العارية كان غاصبا، وإن شاء
المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه، ثم إن ضمن المستعير
لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع
على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور، بخلاف ما
إذا علم. قال: وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل
والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها
معدومة، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت
بالإباحة هنا. ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة
كالموصى له بالخدمة، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فيجعل كذلك
في الإعارة دفعا للحاجة، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا
لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره. قال رضي الله عنه
وهذا إذا صدرت العارية مطلقة، وهو على أربعة أوجه: أحدها أن تكون
مطلقة في الوقت والانتفاع، وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء
في أي وقت شاء عملا بالإطلاق. والثاني أن تكون مقيدة فيهما، وليس له
أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك
أو إلى خير منه، والحنطة مثل الحنطة. والثالث أن تكون مقيدة في حق
الوقت مطلقة في حق الانتفاع، والرابع عكسه، وليس له أن يتعدى
ما سماه. فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن
الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب
مختلفا لأنه لما أطلق فله أن يعين، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب
غيره لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه بنفسه
حتى لو فعله ضمن لأنه تعين الإركاب. قال: وعارية الدراهم والدنانير و

والكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة واما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك

قال

قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن

المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ
وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانها تنتهي
الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب
انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة
موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله
ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة
تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار
لانها لا تعار الا للسكنى كتاب الهبة قال الهبة عقد مشروع
لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع
وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول
فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه
لثبوت الملك وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض
اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام
لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه
ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع
شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان
ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم
اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها
قال فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا
وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض
والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب
اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة
القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

والمقصد

والمقصد منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض
بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا
له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه
عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد
الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح والثاني
مستعمل فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا
الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله
اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء
وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان
الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما
اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم
فيكون المراد اطعام غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك
واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا
واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه
يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه
عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك
قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه
ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل
ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية
محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم
وكذا اذا قال عمري سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة
عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان

لو اسكنها مشورة وليس بتغيير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة
سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة
وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه
عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل
لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض
والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع
لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه
الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض
كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى
ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة
والهبة لاقت العين والوصية ليست من شرطها القبض
وكذا البيع الصحيح اما البيع الفاسد والصرف والسلم
فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم
مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا
القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص
عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس
الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة
لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع
قال ومن وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة
فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم
ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك
فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان
المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم

والزرع في الارض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز
للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد
الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه
والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب
الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده
كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا
لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا
اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك
كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك
عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب
لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز
لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه
فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله
وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان
في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر
ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة
بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله
وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض
الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة
الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد
موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء

للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة **قال** وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال وإذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأ له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد **قال** او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه **قال** او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه **قال** فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها **قال** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها فله ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها



كذا في بعضها بالطريق الأولى وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع
فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولأن
المقصود صلة الرحم وقد حصل وأما في هبة الوالد لولده
فقد ذكرنا وجهه وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود
فيها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى
لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع
قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك
أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط حق الرجوع لحصول
المقصود وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحد وإن عوضه
أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع
لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح
وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل
نصفه وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد
ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر
ولنا أنه يصلح عوضا عن الكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر أن العوض
هو هذا إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض
ولم يسلم فله أن يرده قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف قال ولا يصح
الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله
وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء
حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ وكذا إذا منعه فهلك
لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول
القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى

وإذا رجع



وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط
قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ
فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد
بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ
فافترقا قال وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة
وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع
لا في غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين
ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء
وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه
معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان
بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن
عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض
وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب
الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه
لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل** قال
ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن
الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه
وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع
والإجارة والرهن لأنها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها

جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم
وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن
تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو
مشغول بملك المالك قال ومن وهب امة على ان يردها عليه او على ان يعتقها
او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان
يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط
باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة
والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل
شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان
الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون
التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد
فهي لك او انت منها بري او قال اذا اديت الي النصف فلك النصف
او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه
اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه الدين ابراء وهذا لان الدين
مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه
ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف
على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي
يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة
للمعمر حال حيوته ولورثته من بعده لما بينا ومعناه ان يجعل داره
له عمره واذا مات يرد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا
وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف جائزة لان قوله
داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما

وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن
المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان
فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير
معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله
اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها
معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة
الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو
المختار قال وتارة تصير معلومة بالتسمية كمن استاجر رجلا على صبغ ثوب
او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها
مسافة سماها لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس
الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة
فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار
القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير
المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد
من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين
والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم
لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة
فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد
وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط
او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان
المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد

انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت
قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك
بالخطر فبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع
به **فصل في الصدقة قال** والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض
لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع
في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق
على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب
لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر ان يتصدق
بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه
لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق
ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك
وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد
ذكرناه من قبل والله اعلم

كتاب الاجارات

قال الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع
والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه
وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره
قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت
مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح
حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة
في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع

فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل وهذا لان العقد ينعقد شيئا فشيئا على
حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة
فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل الآخر
واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا
اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض
المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور
فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها
غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم
المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ
العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر
بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه
باجرة كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق
بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذا اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر
بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة
مقصودة وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء
المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة
فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول
المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجرة ساعة فساعة
ليتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ
لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا **قال** وليس للقصار والخياط
ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع
فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه

لازم قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم
لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو
احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم
فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع
في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه
ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء
ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة
فالغرف عليه للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا بملبن
معلوم استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه
لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور
ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه
ولابي حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل
الا يرى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة
لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل
صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين
حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس
لاستيفاء البدل كما في البيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة
رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك
المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت
مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته
غير معمول ولا اجر له وان شاء معمولا وله الاجر وسنبين من بعد
ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين

للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين
فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف
الابق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان
على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي
ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر ليس له حق الحبس
في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا
ان الاتصال بالمحل ضرورة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث
انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضى البائع
قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره
لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه
وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته
ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب
فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض
المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين
ولو استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع
المسافة وهذا لان الاجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل
الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب
لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن
الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي
تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق

الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب
بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له
في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة
الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة
على ما مر والله اعلم باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها
لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح
العقد وله ان يعمل كل شئ للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها
دلالة قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانه منفعة مقصودة معهودة
فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع
ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه
ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة
فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح
العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانه قد يستاجر للزراعة ولغيرها
وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة
او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت
الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة
ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي
ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس
ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب
الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك
باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن

رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك
مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض
بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون
البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال
وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة
فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز
استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة
فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن
اذا ركب نفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه
تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار
كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فهو
كما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على
ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه
غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب
واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف
المستعمل لما ذكرنا واما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل فان شرط
سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت
والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدرا
يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو
مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن
لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو
اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا به وان استاجرها
ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا

لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحمل يجتمع في موضع من ظهرها والركوب
ينبسط على ظهرها **قال** وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا
فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي
غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة
في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر
فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطب بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه
والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك
الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة
وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا
لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد
فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط
السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف
السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز
بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا
لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا
الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة
المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على
الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر
بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك
وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود

وهذا اصح

وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله
الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة
في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا
وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى
وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه
لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك
راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه
لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه
ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب
وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل
الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا يحمل له طعاما في طريق كذا
فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ
فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك
التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فان التقييد
مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس
فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد
فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي
صورة **قال** وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت
بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها
لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها وكثرة الحاجة
الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض



على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه
قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله
لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل
استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة
وعن ابي حنيفة انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه
الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص
فجاءت المخالفة والموافقة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل
لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل
وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه
فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى
انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل
لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع
الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس
فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد
فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب
الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر
دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور
الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت

فيها

فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما
فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد
الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن
ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر
وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني
الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رح
وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني
ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة
دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجر لان المدة معلومة بدون التقسيم
فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي
استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين
بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر
فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد
وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام
يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام
ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة
وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام
فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي
انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم
باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر

فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس
والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا
الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم
لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام
اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى عثمان بن ابي العاص الثقفي وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان
اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته
فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم
مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر عليه
فلا يصح وعلى هذا تعليم الصناعات على رواية القدوري وبعض
مشايخنا رح استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني
في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى
قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه
استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز
اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة
المشاع جائزة وصورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه
من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا
يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر
من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر
على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية
اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن
في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما

يستحق

حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط
جواز العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر
من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر
على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة
على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم
يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار
الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان
التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم
عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن
يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن
والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول
اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا يقع على اتلاف الاعيان مقصودا
كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن
الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة
اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها
للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة
على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ
وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى
الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني
بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام
مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا
ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء

عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكتاب يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار
مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم وليس للمستاجر ان يمنع
زوجها من وطئها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى
ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر
يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم
ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحبلى
يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح
طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف
في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح
الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام على والد الولد وما ذكر
محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل
الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات
بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع
وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما
بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله
فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان يستاجر
ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير
من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز
عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد
هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال

بالتعجيل

بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما
لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم
المعقود عليه **قال** ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة
فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا
بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط **قال** ومن استاجر
رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز
لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد
فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب
كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح
ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة
وعن ابي حنيفة انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه
للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق
ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها
فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي
والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته
من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين فذكره لا يوجب
الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد
لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض
يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان
في صفقة وانه منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا

في فساده وقيل ان يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب
مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته
وليس المراد بكرى الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام
هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل **قال** وان استاجرها ليزرعها
بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة
السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة
الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين
ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسا عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي
نسيئة والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس
للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة
قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار
صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى
لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جائز وصار كما اذا استاجر
دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا
ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل
حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور
تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك
فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان
المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام
وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي
يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها
او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر
للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها

غيره

غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط
الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا
الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض
الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر
وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه
وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد
اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال والاجراء
على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان
هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا **قال** والمتاع امانة في يده ان هلك
لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا
من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي
عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك
ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب
يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه
كالوديعة اذا كانت باجرة بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت
حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة
ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن

التوزيع لا لضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع
باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف
بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال
زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه
المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل
تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو
الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير
يجب فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن
تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن
تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع
الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم
ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده
لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية
ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال
واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق
فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان
ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان
فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه
وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو
ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر

فيميل

فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى
وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد
او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب
من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت
او حجام حجم عبدا باذن مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل واحد
من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية
لانه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح
من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب
ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص
الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر
شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره
لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع
ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص
فيما تلف في يده ولا بما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة
في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين
الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس
واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه
بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر
فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله
منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه **باب الاجارة على احد
الشرطين** واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا
فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين
العملين عمل يستحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته

بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره
بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار
الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك
هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين
ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع
والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة
لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه
معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة
الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا
فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله
عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان
جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد
وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر
اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان
ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التأخير والتعجيل مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين
ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة فلا يمكن حمل اليوم على التأقيت
لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك
يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد
الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم
وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان
التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر

التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز
به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير
الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى وان قال ان سكنت في
هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنته حدادا فبدرهمين
جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم
وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية
فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه
ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز
في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول
وكذا الاجر احد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة
الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة
اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف
هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح
كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف
اسكانه الحداد والعطار الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا
في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو
الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

قال ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به
الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة
فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه
كاسكان الحداد والقصار في الدور ولان التفاوت

بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره
داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه
الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة
صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام
اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان
ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد
والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر
ان ياخذ منه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب
الاجرة فاكلها فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل
مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان
انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب
لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر
قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجرة في قولهم
جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن
استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز
فالاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد
تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول
ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته
وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول
المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر لانهما اختلفا
في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو
يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء

الطاحونة

الطاحونة وانقطاعه والله اعلم **باب الاختلاف في الاجارة**

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك
ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ
امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر
فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى
انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن
يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه **قال** واذا حلف فالخياط
ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء
اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف
ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ
فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر
وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم
عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول
قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له
فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا
على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة
بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى
التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه
لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة
الى الاستحقاق **باب فسخ الاجارة** **قال** ومن استاجر
دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع
وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب

الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب
فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستاجر لزوال السبب قال واذا خربت الدار او انقطع شرب
الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه
قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض
وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان
المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع
وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا
تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت
مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه
قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه
لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة
بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها
لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا
اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي
لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه كما له لو كان الخيار له
لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال
وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس
فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض
المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط
بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة
فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم
الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا

وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى
يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق
به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع
ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام
الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه التزام
ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق
ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته
ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما آجر فسخ القاضي العقد
وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد التزام ضرر
زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم
مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي
في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع
الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه
لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض
في البيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وقيل تنتقض بنفسه وليس بصحيح
ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من
وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان
غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر
دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب
العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او
في طلب غريمه فحضر او للطلب التجارة فافتقر وان بدا للمكاري
فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه

او اجيره ولو مرض الموجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروي
الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون
الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر في المضي
على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال واذا استاجر
الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر في المضي على
العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل
لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق
الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر
لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل الصرف في ناحية
وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل
بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع
بين العملين اما هنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد
لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق
بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما عرف انه يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء
المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع
من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة**
ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء
في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه
حافر البير في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت
اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر
في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه

العمل

العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته
يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل
ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد
وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع
وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة
وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود
لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا وان استاجر بعيرا
يحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد
عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه
وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض
كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك
صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا
وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب
هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه
اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين
بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان
يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه
فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام
ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد
وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف
الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه

ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب
العقد يثبت من غير تصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل
اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا
ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم
في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل
للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على القدرة
عليها فتثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد
معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط
القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه
فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى
ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما
امتنع من الاداء يرد الى الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان
يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل
القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو
بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل
البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى
عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك
الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت
حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير
الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر
فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق
بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى

ولم يخرج

ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم
فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه ولتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى
واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه
على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له
نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه
لانه مالك رقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا
بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته
لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة
وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء
عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على
ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرمه لان المولى كالاجنبي
في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول
الغرض المبتغى بالعقد فصل في الكتابة الفاسدة واذا كاتب
المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول
فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح
بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا
ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب
او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب
للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء
قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر
لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى
وعن ابي حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فا

لانه يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم
ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر
والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق
عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلم يمكن اعتبار
معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق
باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد
اذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد
فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا
لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه
في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق
باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة
في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب
لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت
العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره
لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين
حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف وهي لغيره جاز لانها
لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز
وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق
وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم
فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة
عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف
الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح

ليس بشرط

ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى قالوا جاز صاحب العين ذلك فعن محمد
انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رح
انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب في الجامع
انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء
منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا والمسئلة فيه على ما بيناه
وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة
يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع
صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة
رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد
العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط
وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد
ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه
على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان
وقد عرف في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى
قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه
فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف جائزة
وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها
حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة
وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود
ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة
لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف
فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة
وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح

اما اذا لم يبين جنسه بان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها
يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح
لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح
والجامع انه مبني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة
قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا
معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم
فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم تمليك
اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما
اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله
البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف
واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع فلا يصح
صحيحا على القيمة فافترقا قال فان قبضها عتق لان في الكتابة معنى
المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد
وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة
لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله **قال** ويجوز للمكاتب البيع والشراء
والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف
مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل
والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق
في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع
التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قال** فان شرط

عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف
لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص
فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد
الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع
في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل
وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة
في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر
اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام
الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز
باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير
لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير
من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه
المجاهزون ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب
ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه
تبرع ليس من توابع الاكتساب وان وهب على عوض لم يصح لانه
تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به
المهر فيدخل تحت العقد **قال** وكذلك ان كاتب عبده والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس
من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه
كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل
الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب

والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت بخلاف الاعتاق على مال
لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق
الاول فولاؤه للمولى لانه له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق
اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية
اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فان ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق
وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل
ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت الولاء له قال وان اعتق عبده على مال
او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين
في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج
الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي
في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولان في تزويج الامة نظرا ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية
قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره
بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة
فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال
بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال
ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد فصل واذا اشترى المكاتب
اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن

من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى
ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم
لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة
الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية
وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى
ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها
حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين
بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثانية في العتق وبالاولى في الكتابة
وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين
اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى
ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها
ولده اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها
تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن
معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد
خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها
ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت
هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون
الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له
دخل في الكتابة لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان
كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع
البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد
ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها

وكان كسبه لها لان تبعية الام راجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية
وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت
منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد
ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد
اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق
وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد
ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل
ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر
باجماع الصحابة رضوان الله عليهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق ولانه
ترجيح من جانب الاب باستتباع الولد في الحرية والجانبان في الحرية
وهذا اثبات الحرية ابتداء فلا تعارض فيبقى على الاصل ولا يلحق به
قال واذا وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح
لم يؤخذ به حتى يعتق وكذا المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول
ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة
وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد
لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب
في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى المكاتب
جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة
وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة
يقع صحيحا وتارة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه
كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى فصل واذا ولدت المكاتبة

من مولاها

من مولاها فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير
بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق
في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة فان مضت على الكتابة
اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات
المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت
مالا يؤدى منه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم
المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء
سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل
عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب
ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد
لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من
ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض
عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه
تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه
ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال
وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية
غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق فان مات المولى ولا مال له
غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او في جميع مال الكتابة وهذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل

من ثلثي قيمتها ومن ثلثي بدل الكتابة وهذا الخلاف في الخيار والمقدار وأبو يوسف
مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزي الاعتاق
عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير
ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب
عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد
أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب
البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط
كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير
عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء
وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا
معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر أن الإنسان لا
لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار كما إذا طلق امرأته ثنتين
ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة
الإرادة كذا ههنا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي
تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا
قال وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت
مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فإن مضت على كتابتها
فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي
مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف
في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فمتفق عليه ووجهه
ما بينا وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه
مال الكتابة لأن بدل الكتابة ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له

دونه فلم يلزمه والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ
برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة
الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه قال وإن كاتبه على ألف درهم
إلى سنة ثم صالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لأنه
اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا
لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب
مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل
الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولأن
عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والأجل ربوا من وجه فيكون
شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان
ربوا الأجل فيه شبهة قال وإذا كاتب المريض عبده على ألفين
إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه
يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي مؤجلا لأن له
أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما
إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها
بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليه أحكام الأبدال
وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى
فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال
فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا إذا باع المريض
داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله
وإلا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه

لما بينا من المعنى قال وإذا كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان
ولم يجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا في قولهم جميعا لأن المحاباة
هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما باب من يكاتب عن العبد
وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ
العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد
كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر
فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار
مكاتبا لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ولو
لم يقل على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لأنه
لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر
بالعبد الغائب فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الألف العبد
وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو أدى الحر البدل لا يرجع
على العبد لأنه متبرع قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر
لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا ومعنى المسئلة
أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب
وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان
أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب
تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها
في كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء وإذا أمكن
تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لأن
البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء
لأنه تبع فيه قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول أما الحاضر

فلأن البدل عليه وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن
البدل عليه وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته
إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه قال وأيهما أدى لا يرجع على
صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه قال
وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل
فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه
من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه
فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال وإذا كاتبت
الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لا يرجع
على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا
في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الأولى وهي أولى
من الأجنبي باب كتابة العبد المشترك وإذا كان العبد بين رجلين
أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل
الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة
وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ
عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه
عنده للتجزي وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون
له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون
متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الإذن بكتابة
نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف ووكيل
في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما
فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه

ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته
لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل
من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا
ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت
بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد
للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها
لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور
لانه حين وطئها كان ملكه قائما وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة
على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع
العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها
لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور
اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول
الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع
ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب
وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع
المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه
مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت
نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه
للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احدى الغرامتين
واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر

بسقوط

بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق
التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر
للمولى وان كان لا يتضرر به المكاتب بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى
العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى
لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف
نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا
كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف
قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب الاقل
قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه
لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز
واما عند ابي حنيفة رح فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطئ فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب
لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد
الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا
قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق
لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع
عليها لانها لما عجزت وردت الى الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب
فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزي
الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل

نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل
ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى العتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه
مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق
فيختلف باليسار والاعسار **قال** واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم
دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة
ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء
كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه
فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء ايضا
كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر
ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو
قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله
والاعتاق وتوابعه والفايت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه
لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب
مدبرا فابق وان اعتقه احدهما فلما كان للاخر الخيارات
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رح
اذا دبره احدهما فاعتقه الاخر فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما
فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان
او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن

قيمته

قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما اولا
فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى
العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار
والاعسار عندهما **باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى**
واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه
او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين
والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع
والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه
عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب
نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان
اخره مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة
استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء
نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم
وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلثة
لانه لا بد منها لامكان الادا فلم يكن تاخيرا والاثار متعارضة فان
المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم واحد
فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجزه
فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر
فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد
لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض **قال**

وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده
من الأكساب لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده وهذا لأنه كان موقوفا عليه
أو على مولاه وقد زال التوقف قال وإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة
وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث
لورثته ويعتق أولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ
علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك
لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولأن المقصود من الكتابة
عتقه وقد تعذر إثباته فيبطل وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصودا
أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه إلى الأول لعدم المحلية ولا إلى الثاني
لفقد الشرط وهو الأداء ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال
والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين
وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء
الحق بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت
أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد
سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك
ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وإن لم يترك وفاء
وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا
أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد لأن الولد داخل في كتابته
وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك
ولدا مشترى قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالا أو ترد رقيقا
وهذا عند أبي حنيفة رح وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود
في الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه
بخلاف سائر أكسابه ولأبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل

يثبت

يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل
لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة
لأنه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه
فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما حكم بحريته
في آخر جزء من أجزاء حياته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع
لأبيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك إن كان هو وابنه
مكاتبين كتابة واحدة لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه وإن كان
كبيرا جعلا كشخص واحد فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر
قال وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته
فجنى الولد فقضي به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب
لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي
الأم وإيجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالي
الأب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وإن اختصم موالي الأم وموالي
الأب في ولائه فقضي به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز لأن هذا اختلاف
في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فإنها إذا فسخت
مات عبدا واستقر الولاء على موالي الأم وإذا بقيت واتصل بها الأداء
مات حرا وانتقل الولاء إلى موالي الأب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ
ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما أدى المكاتب من الصدقات
إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فإن العبد يتملكه صدقة
والمولى عوضا عن العتق وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث
بريرة هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني
والهاشمي لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء
فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الأداء إلى المولى

الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رح ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل
الملك وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه
لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز
ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى
وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي
في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا
للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي
وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع
وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق
من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع
ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول
زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت
انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء
او الرضا وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء
لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما
لا يقبلان الزوال بحال **قال** واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا
يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء
حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية
على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا

الا ان

الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه
لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب
الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء
عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة
لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق
لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه
الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان
ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق
قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء الموالاة وسببه العقد ولهذا
يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى
فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام
تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد
بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف **قال** واذا اعتق
المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر
به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان
الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا وماتت معتق لابنة حمزة
عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه
الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما رويناه **قال** فان شرط انه سائبة
فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال**
واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى
لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب
وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته

لفعله والتزكه على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات
اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له
لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق
مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى
الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على عتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه
عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام
الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر
لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي
حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان
الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول
وهو ليس بمحل له قال واذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر
ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها
فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا
فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام الى مولى
الاب لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان
الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة
الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا
عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة
فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة
عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت
او الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام وان اعتق الاب

لتعذر

لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء
وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح
فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وذكر في الجامع الصغير
واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي
الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي
الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء
الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم
حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه
مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت
العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم
بمعتقة من العرب فولدت اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله
قال رضي الله عنه وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب
الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه
هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت
الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا
لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف
ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف
في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير
نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا
قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم
لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود

بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة ضعيف
حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي
ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا ورجح
لجانبه لشبهه بالنسب ولان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة
تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي
اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر
لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت
انت عصبته وورث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث
واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات
وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث
عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام
وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك
صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة
على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة
وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي وان مات المولى ثم مات
المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا
ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ
ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره او جر ولاء معتقهن
وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب
لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة
مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى

بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه
من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة
ومحمد رح لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة
لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون
اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها
وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه
بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر
هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود
وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصبي اقرب **فصل في ولاء
الموالاة** واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه
فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة
ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث
آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث
لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين
عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال
هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث
في هاتين الحالتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف
الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق قال وان كان
له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما
من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم
وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب

لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب
لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة **قال** وللمولى ان ينتقل عنه
بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا
للاعلى ان يتبرأ عنه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون
بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره
بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة **قال**
واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه
قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول
ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم
في حق الولاء كشخص واحد **قال** وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا
لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى والله اعلم

كتاب الاكراه

قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا
كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به
اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به
وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق
القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا
للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة
المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك
بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير محمولا على ما دعي اليه من الفعل **قال**
واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف
او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس

فباع

فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع
بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد
بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به
بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب
يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق
فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع
مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف
على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد
الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد
شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك
عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز
ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع
المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد
البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف
سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هنا الرد لحق العبد
وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل
البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري
من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين
ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا
جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه **قال** فان كان
قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف

وكذا اذا استكره طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع
لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب
ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك
في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه
على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة
وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد وان هلك المبيع في يد
المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه
مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه
آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن
ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري
بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان
بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه
ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز
المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه
وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** واذا اكره على ان ياكل الميتة
او يشرب الخمر واكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان
يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه
ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول
هذه المحرمات انما ابيح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها
ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف على ذلك
بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد
فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع عنه
معاونا لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف

انه لا يأثم

انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا
حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم
فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول
الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله تعالى او سب
النبي صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى
يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه
الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى
واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري
فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر
رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال فان عادوا فعد وفيه
نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار
لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة
فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا
لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلعم
سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية
والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال
وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما
يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره
لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم

عما لا يستباح للضرورة ثم فكذا لهذه الضرورة قال والقصاص على المكره
ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي
يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه
وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم
واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره
ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة
عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره
من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت
الشبهة من كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته
فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له
في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول
في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل
الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان
اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا
خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد
لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا
كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية
او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول
وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه
كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق
فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف

بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره
على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر
في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره
استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل
فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له
في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم
احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الاكراه
والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع
دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه على الزنا
وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان وهو قول
زفر وقالا لا يجب الحد في الوجهين قيل هذا اختلاف عصر وزمان
لان في زمنه لا ولاية الا للسلطان وفي زمنهما لكل متغلب ولاية الاكراه
وقد عرف في موضعه وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجب الحد قال
واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى
لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت
البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد
اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ
غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على
التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث
يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين
لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه
ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره

على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما
لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه
ولو قال أردت ما طلب مني فقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة
وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره
وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم
ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي صلى الله عليه وسلم
بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي صلى الله عليه وسلم
وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبي بانت منه ديانة وقضاء لما
قد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير
إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ولا يجوز تصرف
المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولي
آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا تتعطل منافع عبده ولا يملك
رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والمجنون
لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال وأما العبد أهل في نفسه والصبي
يترقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا
أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه
إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى
فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد
أن يعقل البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون
قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة
وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فإن قيل
التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر

قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا
لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب
الحجر في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة
بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا
إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي
والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه والإعتاق
يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة
ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة
فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود
قال وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه وهذا
لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب
النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولي على ما بينا
قال فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ
في حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين
برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية
لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع
وإن أقر بحد أو قصاص لزمه لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم
حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله
عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق ولأنه عارف
بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت
منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى

لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان
مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله
لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا
بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه
حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف
بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه
اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته
والحاقه بالبهائم وهذا اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى
لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب
الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه
اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال
لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه
وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري
على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع
الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس
بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء
فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر
الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى
قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك
ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله
حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك

نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس
منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز
تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة
ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعدها ظاهرا
وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع
فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ
وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال رح لو بلغ رشيدا
ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع
على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر
لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة
اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له
وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل
البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح
لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر
والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ
محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما
وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل
يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل
لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل
فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق
حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق

لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه وإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى
في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده
برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا يجب السعاية لأنه لو وجب
إنما وجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق
غير المعتق ولو دبر عبده جاز لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا
أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً لأنه باق على ملكه وإذا مات
ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته وهو مدبر
فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه
ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج
إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح في حقه وإن لم يكن معها ولد
وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها
وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لها
شهادة الولد بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها ونظيره
المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل قال وإن تزوج
امرأة جاز نكاحها لأنه لا يؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائجه الأصلية
وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها لأنه من ضرورات النكاح
وبطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه وهو التزامه بالتسمية ولا نظر له
فيه فلم يصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل
الدخول وجب لها النصف في ماله لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل
وكذا إذا تزوج أربع نسوة أو كل يوم واحدة جاز لما بينا قال
وتخرج الزكوة من مال السفيه لأنه واجب عليه وينفق على أولاده
وزوجته ومن يجب نفقته عليه من ذوي أرحامه لأن إحياء ولده
وزوجته من حوائجه والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقرابته والسفه

لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يدفع قدر الزكوة إليه ليصرفها
إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه
في غير وجهه وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج
إلى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال
بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب
يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال
فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج
ينفقها عليه في طريق الحج كي لا يتلفها في غير هذا الوجه ولو أراد عمرة واحدة
لم يمنع منها استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة
واحدة من الحج ولا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد
منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع
الخلاف إذ عند ابن عمر لا يجزيه غيرها وهي جزور أو بقرة قال فإن مرض
وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله
لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء
أو ثواباً وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى
قال ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الأصلي
والطاري سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما
في السفيه ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده ولنا
قوله تعالى فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم وقد أونس منه
نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية
عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم
ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو

ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لما فيه قلبه لما في الحجر من النظر
اليه **فصل في حد البلوغ** **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى
يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام
والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح
وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة وقيل المراد ان يطعن
في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف
الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة
فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع
الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ
وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية
تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتأخر
فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي
وهذا اقل ما قيل فيه فيبتنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن
وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول
الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة **قال** واذا راهق
الغلام والجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقالا قد بلغنا
فالقول قولهما واحكامهما احكام البالغين لانه معنى لا يعرف
الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما
فيه كما يقبل قول المراة في الحيض **باب الحجر في الدين** **قال**
ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب

غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر عليه اهدار اهليته فلا يجوز
لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر
ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى
يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار
حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا
الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه
من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء
والمنع لحقهم فلا يمنع منه **قال** وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه
وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه
حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب
والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس
بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين
بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما
بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا **قال** فان كان
دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان
للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه
دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا
عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن
لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية
والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي
ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية
الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها

واعيانها اما النقود وسائل فافترقا **قال** ويباع في الدين النقود
ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة
الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست
من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان
لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس **قال** فان اقر في حال الحجر باقرار
لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين
فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه
مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه
لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر **قال** وينفق على المفلس من ماله
وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية
مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا
لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء **قال** فان
لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم
في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه
في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال
وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة
الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم
بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه
لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه
بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه
لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى **قال** ولا يحول
بينه وبين غرمائه من بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه
من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان

اراد

اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي **قال** ويأخذون فضل كسبه
يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم
حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء
بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة
وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان
وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال
الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار
تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله
في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار
ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس
على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع
خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه
الا اذا علم القاضي انه يدخل عليه بالملازمة ضرر بان لا يمكنه من دخول
داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المراة
لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة
تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب
المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري
بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن
فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب
العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ
باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض الدين

يتحقق بينهما مبادلة قلنا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر
كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر
واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه
بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف
لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه
وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا
لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو
اذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى
عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي
ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه
بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا فيها فيعاقدونه
فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر
عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه
في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة ان يقول له اذنت لك
في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع
او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا
بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالغبن الفاحش
منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن
وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا
الخلاف الصبي المأذون له ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال

اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار
في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين
محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد
البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل
بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما
من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الاراضي
ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار
ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما
فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع
يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا
للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها
تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان
يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل
مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو
الربح فيملكه فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون
له في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون مأذونا الا في ذلك
النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر
لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية
من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك
حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك
الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع
دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له



الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرف
الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له
في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره
بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا
ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر
كذا او قال ادّ الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله
الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لابد
له منه وهو نوع فيصير ماذونا في جميع الانواع قال واقراره
بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع
التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق
بينما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان
كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب
من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج
لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة
لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن
يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد
وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة
عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي
مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة
الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا
عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال
ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض
لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق

لان

لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت
الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف
من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين
بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته
وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا
بعض اصحابه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر
لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق
من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه
في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه
من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف
ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع
التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بينا
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال
وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر
والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض
المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك
في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة
بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية
لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق
المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع
الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن
وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه
صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه

بالكسب لا بأن تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء
ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفي من الرقبة
وقوله في الكتاب ديونه المراد به دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها
كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع
والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطي المشتراة بعد الاستحقاق
لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق
حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب
به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع
ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى
انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق
بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله
ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب
والزيادة على غلة المثل يردها الى الغرماء لعدم الضرورة فيها
وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه
لانه لو انحجر يتضرر الناس لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل
سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان
لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته
بحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام
ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا
لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق

اي بعد وجوب الدين بعونه قوله والزيادة الخ تحرره

وما رضي به

وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما
اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو مات
المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا لان الاذن
غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء
هذا الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم
بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته
قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى مأذونا لان
الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب
ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن
من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها
عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب
متيسر قال واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها
خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها
بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون
لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال
واذا استدانت المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي
مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت
بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها
لما قررنا في ام الولد واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما
في يده من المال عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة
لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال
ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال

فقد زال بالحجر وان كان اليد في الحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة
فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره
بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وكان
المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى
من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته
واقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان
يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل بالاقرار وكذا ملكه ثابت في رقبته
فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد
قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون
تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه
عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه
قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا
يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا اية كماله بخلاف
الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده
عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد
وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه
فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ
عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال واذا لم يكن الدين محيطا
بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه
لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل
ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه

قال

قال واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما
اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع
المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة
تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء
تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان باعه
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء
نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجهه
ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا
بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر
بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين
التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع
مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما
ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد
المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي
وقد اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء
وهذان الفرقان على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا
بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل
في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن
هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلمه اليه قبل قبض
الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس ولو بقي بعد

يبقى في الدين وكان مستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان
الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال
وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق
الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون له
حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر
بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة
تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون له وعليه ديون
فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف
ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به
بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا
فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير
لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما
وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء
بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وان باعه المولى
وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء
ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق
به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع
متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون
في التضمين وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم
والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا
البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون
حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم
وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب

كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان
المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق
حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة
فالاول تام مؤجل والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل
ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال
فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر
الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري
خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها
وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك
لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ
العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن
قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة
لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز
اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل
هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع
حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى
بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون
بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول
قوله لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي
في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع
والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه

فيبقى بقاؤه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره
فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة
الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا
ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب
تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم
الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته
لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف
الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض
كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء
دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن
يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة
التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند
عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرطة لانه
ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك
جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد
من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف
باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع
ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده
من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد
ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي
يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد
والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

قال الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل
التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة
غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم
والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده
ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل
والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله
ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من
مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله
فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له
فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب
المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم
الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا
لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي
فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة
باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم
غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق
في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان
اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت
وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب
رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت

حتى ترده وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا
فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها
بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه
قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد
العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان
الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن قال فان ادعى هلاكها حبسه
الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان
الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر
فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب
فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة
اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال
الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك
لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق
الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة
ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين
وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه
عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة
ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك
لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه
اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل

فيما قاله اذا انهدم بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها
واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح
قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ
راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء
الله تعالى قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه و
في اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب
وعند العجز عن رده يجب القيمة وتتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر
قيمته يوم الغصب قال وان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه
في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع
السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون
فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير
الربوي واما الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه
وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر
المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر
وكذا الملك لان المضمون تملك باداء الضمان مستندا عندنا
ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله
فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند
ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه

ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا
لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما
اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان
لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا
تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه
لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين
ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فانه يتصدق بجميع الربح
وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب
او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت
الدلائل في جوابها في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف
لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين
بالاشارة اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها
اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما
اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق
اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة
اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال
مشايخنا رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال
وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال فان اشترى
بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق
بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس فصل
فيما يتغير بعمل الغاصب قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها

الغاصب

الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب
شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا
او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه
يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي
ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة
والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك
على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة
المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير
حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم
المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي
هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث
انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ
وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه
وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس
ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رح
رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف
الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام
في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضى صاحبها اطعموها الاسارى
افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب
قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء
حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك

كما في الملك الفاسد وكذا اذا ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفى
بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا
اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه
لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة
فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان
لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه
وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم
قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية
لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا
يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك
هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح
راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك
وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي
الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصنعته
لان المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقوم
مطلق لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة
فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي
للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما
ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر
المالك فيما ذهب اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب
بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي
والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء
اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد

ذلك

ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء
ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور
وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها
وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة
غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث ياخذه
مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال
ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه
لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق
خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك
من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه
وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث
ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش
ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين
وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء
من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع
الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا
فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها فارغة لقوله عم
ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض
لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للتملك من سبب فيؤمر
الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت
الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس

مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته
مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له
فيقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء
لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب
ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه
قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما
وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل
الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر
ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه
صاحب الاصل بخلاف الساحة بني فيها لان النقض له بعد النقض
اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من
صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال
ابو عصمة في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمة
ثوب ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ
بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويأتي هذا فيما
اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير
ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات
القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق
يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه
مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة
وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل اذا كان
ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد

فهو

فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة
بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد
انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة
يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ
فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها
عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح
سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل
قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر
لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن
البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه
لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
الا ان يقيم البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت
العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها
او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه
تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار قال
وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى
الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار
حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين
وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه
لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء قال ومن
غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم
ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا

او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص
يكفي لنفوذ البيع دون العتق لملك المكاتب قال وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك
فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال
الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب
وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم
اذا ولدت في يده يكون مضمونة عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال
الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة
على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد
لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا
اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله
او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك
قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود
المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق
الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة
والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن
اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب
فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب
وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح
جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت
الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم
شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة
والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك

لا يعد

لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطعت يد المغصوب
في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد
الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة
ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات
الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه
والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب
فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم
ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها
يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب
حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت
في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت
فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله
انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك
فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت
في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها
بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا
بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد
الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد
والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب

قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم
النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين
بين ما إذا عطلها أو سكنها وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل
وإن عطلها لا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود
فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في
إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها
دفعا لحاجته ولأنه لا يضمن بمثله كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها
لأنه لا بقاء لها ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان
وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها
بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقص
باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن
وإن أتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمن للذمي أيضا وعلى هذا
الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط
تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام
فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم
إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون
والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف
مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان
لا يدين بتمولهما إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال لأن
المسلم ممنوع عن تمليكها وتملكها لكونه إعزازا لها بخلاف ما إذا جرت
المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد

يكون للذمي لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين
وبخلاف متروك التسمية إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة
قال فإن غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر
أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ
فيه والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه
إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو
ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه
إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب
كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد
ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ
وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي
حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد
عند أبي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه
ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه
وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ويجب مثله لأن الخل من ذوات
الأمثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه
وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ
فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد
الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار
وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه
الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه وله أن التقوم
حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما

فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له
والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا
التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع
الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان
متقوما بخلاف الزكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ
فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب
في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف
صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما
له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالهالك
وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه
ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد زكي غير مدبوغ
ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة
غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا
غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه
الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه
واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء
الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه
وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد
ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك
تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكها
لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء
الخل فيه فعن محمد انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان

بان كان الملقى فيه قليلا فهو بينهما على قدر كيليهما لانه خلط الخل بالخل
في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب
في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا يجب الضمان
في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره
وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ
الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يعتبر
متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ رح وقد اثبتناها في كفاية المنتهي
قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اهرق له سكرا
او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف
والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه
في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان
على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رح
روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية
فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع
فلا يضمنه كما اذا فعله باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها
لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصارت كالامة
المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم
وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف
باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة
للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة

والديك المقاتل والعبد الخصي يجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا
هذا وفي السكر والمنصف يجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع
عن تمليك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني
صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك ومن غصب ام ولد
او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد
عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق
ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها
في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة
مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة
الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط
في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق
الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام
الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار
والارض ينتظر له ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله
عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته
ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام
الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال
على الغير بغير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه
لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان
ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال
على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار

على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه
عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره
واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع
فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان
الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال بالحقوق
لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة
ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب
والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم
فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب
والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه
في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة
لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر
في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة
دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها
كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار
في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف
لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب
خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون
نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه
فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف الخاص ان يكون
نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت
سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت
دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا

فما بين السكنين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر
صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون
الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة
هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه
جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار
لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف
الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق
الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون
في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة
وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح
بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك
ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط
بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عدد رؤسهم لان الانتقاص للمزاحمة
مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا
يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب
وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث
فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضي له
بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر
قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب
بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال
على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك
الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها

الشفيع

الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد
ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد
والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات
طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها
المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع
الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في حق الرجوع في الهبة وتظهر فائدة
هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة
او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم
لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة
لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة
المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى **باب طلب الشفعة والخصومة فيها**
قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب
على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع
ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها
ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرا الكتاب الى آخره
بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رح وعنه
ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي رح
لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال
بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل شفعته لان الاول حمد على التخلص من جواره والثاني تعجب منه
لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض
وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن
ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه

ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي
التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ
يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها
لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد
حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا
يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة
اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله
واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام
حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة
في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند
القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه
على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير
وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع
ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع
او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد
منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد
عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه
لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار او
شقيصها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك
وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح
الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد
ان شاء الله تعالى قال ولا يسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة

رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت
وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك
المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه
لو لم تسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف
حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل
على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى
ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه
كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق
في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاضي
لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي
فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب
الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا
كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال
رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع
الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين
ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها
بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى
تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في كتابنا الموسوم
بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم
انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى
لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل
او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار

فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع
قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة
قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق
عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا يدل على التحليف على الحاصل
على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق
الله تعالى وانما يحلف على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده
اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة
وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي له بالشفعة
لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى
يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع
عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري
وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا
لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه قضاء مجتهد فيه ووجب عليه الثمن
فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن لا تبطل شفعته لانها
تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع
في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع
القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة
على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي
يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت
حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك
وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان البيع
في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه

ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض
المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع
لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير
كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه
المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه
بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ
وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى
دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق
العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك
فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف
فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه
مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم
وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذها منه
اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت
فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها
فله خيار الرؤية فان وجد بها عيبا فله ان يردها به وان كان
المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء
الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار كما في الشراء ولا يسقط
بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك
اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال واذا اختلف الشفيع والمشتري
في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار
عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار

فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك وقال في الاصل ههنا
فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة
البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان
الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع
مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول
وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع
والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رح
واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني ههنا الا بفسخ
الاول اما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى
البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها بما قال البائع وكان ذلك حطا
عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت
الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن
وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ولان التملك على البائع بايجابه
فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله
ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان فايهما نكل ظهر ان الثمن
ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع
بينهما على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب
بطلان حق الشفيع **قال** وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري
ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم
العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري

والشفيع

والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار
بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع
تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع
فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول
وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار
الثمن والله اعلم **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** **قال** واذا حط البائع
عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن
ما بقي وكذا اذا حط بعدما اخذه الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع
عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه
في البيوع وان زاد المشتري البائع في الثمن لم يلزم الزيادة
الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها
بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر
من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا
كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات
القيم ولو اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال
وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه
فيراعى بقدر الامكان كما في الاتلاف والعددي المتقارب من
ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما
بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته **قال**
واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء
صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن
مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كون

مؤجلا ووصف في الثمن كالزيافة ولنا الأخذ بالشفعة به فيأخذه بأصله
ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط
فيما بين الشفيع والبايع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري
رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف
الثمن لأنه حق المشتري فلو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع
كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت
الأجل إلا بالذكر كذا هذا ثم إن أخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن
عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البايع
على المشتري بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل
بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه
مؤجلا وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر
من حيث النقدية وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل
مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت
بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد رح خلافا لقول أبي يوسف الآخر
لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن
من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم
بالبيع **قال** وإذا اشترى ذمي دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي
أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم
وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير
كالشاة فيأخذ الأول بالمثل والثاني بالقيمة **قال** وإن كان شفيعها
مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر
لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وإن كان
شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي

نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمي أخذها بنصف
قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما
إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب
كذا هذا **فصل** وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف
المشتري قلعه وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويتخير بين أن يأخذ
بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي إلا أن عنده
له أن يقلع ويعطي قيمة البناء لأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أن الدار
ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له
والمشتري شراء فاسدا وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع
وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه
وجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط
من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون وهذا لأن حقه
أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته
وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة
لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولأن حق الاسترداد فيهما
ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة
كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وإنما لا يقلع استحسانا لأن له
نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر وإن أخذه بالقيمة
تعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو أخذها الشفيع فبنى فيها
أو غرس ثم استحقت يرجع بالثمن لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع
بقيمة البناء والغرس لا على البايع إن أخذها منه ولا على المشتري إن أخذها
منه وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري

والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع
ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه
قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير
فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس
تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا
ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف
نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل
قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض
المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ الارض بحصتها وان شئت
فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول
لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا
فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها
ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي
ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه
لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان
انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه
فياخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر
في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه
على ما عرف في ولد المبيعة قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع
لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ
حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري
سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه
دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني ياخذ

ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا
فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب قال
الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله
لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق
فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير
ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو
الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن
لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها
في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام
والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به
وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون
العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا
وهذا بخلاف العلو حيث يستحق الشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن
طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم
والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة
فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير
والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا
قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط
الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة
في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها
او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع

وقيل الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض
متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف
الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يأتي فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا
او ما يصلح مهرا لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع
في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا
الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب
فلا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه
بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر
المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه
الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة
مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح
لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال
او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال
رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها
بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده
فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل
انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف
ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح
فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت
الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن
من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا

الا

الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون
الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة
بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة
الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة
للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة
لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح
لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط
الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق
والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع
وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع
فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال
اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف
ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة
لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر
شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى
حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة
فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض فلاحتمال الفسخ
وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير
الفساد فلا يجوز بخلاف اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه
صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط
الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي
في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري

فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت
شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار
التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة
على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له
بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها
بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري
فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى
دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط
او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم
ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها
بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما
على انفسهما وقد قصدا الفسخ وانه بيع جديد في حق ثالث لوجود حد
البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده
الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء
على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية
وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا
ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب
القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان
لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم
بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب
وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهو عند القدرة

وكذا

وكذا اذا اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد مر
فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض
لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى
فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف
القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك
في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري
ترك الفسخ بالف واختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة
بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب
المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف
في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث
قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات
بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير
الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول
ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع
وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه
وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه
ولا تباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي
او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار
لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به
قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف

ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال
قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري
اذا ابتاع وهو الشفيع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له
فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بالاخذ
المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض
شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع
وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى
المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه
بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال
واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت
باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة
لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه
وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل وموزون
او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته
الف درهم او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير
وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كان
اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق
الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه
غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره
فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه
شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر
الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم
في الكل تسليم في ابعاضه فصل واذا باع دارا الا مقدار

ذراع

ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة
وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال واذا ابتاع
منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني
لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه
فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي
وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب
لانه عقد اخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة
اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر
قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام
البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق
المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة
في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رح وتكره عند محمد رح لان الشفعة انما وجبت
لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق
فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل متفرقة
قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب
احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها
والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري
فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم
فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح
الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه لم ينقد
الاخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشترين
بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا
او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن

وبهما تخريجات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع
لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض
بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له فيه نفع لعود
العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون
للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام
القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما
ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع
ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي
عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة
انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى
جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله عبد ماذون
عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة
لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد
لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة
لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا
الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف
تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح
وجه قول محمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته
وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه
في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده

من الاب

من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه
ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه
دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها
بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا
وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي
وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح انه لا يصح
التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح والله اعلم

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير
ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له
وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه
فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت
حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر ولو اشترياه
فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت
من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه
معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر
كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب
على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي
على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد

ولو تراضوا عليهما جاز لان الحق لهم **قال** وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما
يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس
عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي
ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم
فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين
لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل
ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة
ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء
ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو
بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم
على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم
بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان
فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام
يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة
يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر واجرة القسمة على عدد
الرؤس عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر
بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك
المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر
اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل
التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو
على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن
وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب

دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قال** واذا حضر الشركاء عند القاضي
وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي
عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه
يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان
المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد
دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما
في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة
الا على المنكر فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر
عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه
قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه
منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة
عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث والوصي المقر بالدين فانه تقبل
البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ
اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده
ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع
وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير وان ادعوا الملك ولم يذكروا
كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا
بالملك لغيرهم **قال** رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع
الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا
القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما
ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة

الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك
فامتنع الجواز واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب
الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه وكذا لو كان مكان
الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب
والصبي ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما
كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق
ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب
فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشرى المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء
بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشرى ملك مبتدأ ولهذا
لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء
منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير
لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير
خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في
هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه
لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا
مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا
ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم
اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث
فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع

الخصمين

الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي
كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه والله اعلم

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه
قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم
على ما بينا من قبل واذا كان احدهم ينتفع به والآخر يستضر لقلة
نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم
لان الاول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر
وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره
والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة
يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما
لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما
لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم
العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد
المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين
بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع
معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل
موزون ومكيل كثيرا وقليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم
ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها
باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر
اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا

بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب
وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز قال
ابو حنيفة رح لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق
لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات
لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى
من بني آدم جنسان ومن غيره من الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم
لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا
يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس
لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت
ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان
جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة
او ياقوتة او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على العبد فاولى
ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء
وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين
اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي
بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد
قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح
لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة
المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى
اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض
الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويتفاوت
ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب من المسجد والماء

اختلافا

اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء
دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب
بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت
على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه وتقييد
الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين
لا تجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم
احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيها يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل
واحد قال وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد
منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار
والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل
ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما
جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان او تبنى حرمة الربا هناك
على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** قال وينبغي للقاسم
ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة
ويروي يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره
ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي
بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق
فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا
بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اسامي
ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج
ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء

حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها
اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى وقوله
في الكتاب ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه بيان الافضل
فان لم يفعل ولم يمكن جاز على ما نذكر بتفصيله والقرعة لتطييب القلوب
وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز
لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولا يدخل في القسمة الدراهم الا
بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك
ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار
ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء
فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار
المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان
نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة
ضرورة كالاخ لا ولاية له على المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة
التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة
واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء
فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل فان قسم بينهم ولاحدهم
مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن
صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب
الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت
القسمة لان القسمة مختلة لما فيه من الضرر لبقاء الاختلاط
بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه

تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم
ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب
لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد
تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره
من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه
ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع
بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني تدخل فيها لان القسمة
لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فتدخل عند التنصيص باعتباره
وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل
من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان
كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق
فتدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان
يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع
لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع
طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره
يجعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم
كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه وان شرطوا
ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة
على التفاضل جائزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له
وسفل له علو قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك
قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال ابو حنيفة وابو يوسف رح
يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا
او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما

عمل

يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة
فيصار اليه ان امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا
فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم
على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما
وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول
ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى
بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل
فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء
على علوه الا برضى صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع
من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان
فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر
بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح
وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب
ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون ذراعا
وثلث من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل ففي ثلثة وثلثين
وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة
وثلثون وثلث من العلو فبلغت مائة ذراع فساوي مائة من العلو
المجرد ويجعل بمقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كلها
والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل
بمقابلته مثله وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا

من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد
لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل
بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف
المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه
هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل
وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول
محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على فعل
انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله
ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما
لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا
به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل
الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع
واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه
فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران
بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل
المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة
ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير
ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان
عن نفسه ولا تقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط
وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق
الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل

نصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه
خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه
اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت
بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر
وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه
بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار
ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا
من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه
دعوى الغبن فلا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا
اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد
بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما
بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة
لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج
ترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا
وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي لكل واحد
بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له
وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق
بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ويرجع
بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة
قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر
في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب
احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق
بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد

وذكره



وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح
لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان
باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب
الرجوع بحصته في نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى
الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا
جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم
مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في
الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين
لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا
لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما
الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء
ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص
وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم
رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره
ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بعقد فاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين
محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان

غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين
وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراء الغرماء
بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيطا او غير محيط جاز
القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة
صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف
الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع للتناقض اذ الاقدام
على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبهت القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة
الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان
واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة
والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل
القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل
التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم
ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة على
ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها
جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ
في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه
التاقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك
في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد
واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت
الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان
والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان

في محل

في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان
اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان
اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ
في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما لان
القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة
وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا جبر فيه
عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا
على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا
للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح فيها
ولو تهايآ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر
القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة
وقد قيل لا يجبره عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ
فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة
رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا
اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة
على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله
ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق
والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف
العبد لانه يخدم باختياره فلا يحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها
واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية
وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين

يتفاوتان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر
بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت
المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر
يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ
على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد
والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية
لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة
والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان
الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا
وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه
حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ
في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر
منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ
في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه
في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان يأخذ
كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز
لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه
اعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته
من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار
معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي
عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج
من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة
والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي
عليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر
هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى
عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون
في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول ومعدوم وكل ذلك مفسد
ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كانت خراج مقاسمة بطريق
المن والصلح وهو جائز فاذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها
ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا
اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله
فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء
ملكه وللاخر الاجرة كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس
اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في
الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها
كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهذا لا يختص به
لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد
على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها

والرابع من عليه البذر قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض
أو منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا
بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس
أن يخلي صاحب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض
يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه
ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن
بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما قال وهي عندهما على أربعة أوجه
إن كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر جازت المزارعة
لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط
وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت
لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها
بدراهم معلومة وإن كانت الأرض والبقر والبذر لواحد والعمل من آخر
جازت لأنه استئجار للعامل آلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطا
ليخيط ثوبه بإبرته أو طيانا ليطين بمره وإن كانت الأرض والبقر
لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية
وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا
إذا شرط وحده وصار كجانب العامل ووجه الظاهر أن منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها
يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك
بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب
العمل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وهاهنا وجهان
آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض
والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم

يرد الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه
لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب
البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية
لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بأرضه
ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا وأن يكون الخارج بينهما
شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فإن شرطا لأحدهما قفزانا مسماة فهي
باطلة لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر
وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة وكذا
إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين
لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج
إلا قدر البذر فصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية
وأن يكون الباقي بينهما بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج
لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع
الشركة كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية
قال وكذلك إذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لأحدهما
لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة
لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرط لأحدهما
ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى وكذا إذا
شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد
الحب ولا يخرج إلا التبن وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب
لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة
فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء بذره وفي

لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ
بلخ رح التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين
والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن
للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط واذا صحت المزارعة
فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا
فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت
اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر
المثل في الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت
فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية
وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر
من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له
لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان
البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى
منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها
فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف
الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة
فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة
وهي اجارة معنى فاذا استحق رب الارض الخارج لبذره في
المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة

وان استحقه العامل اخذ قدر بذره واخذ قدر اجر الارض وتصدق
بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك
في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض
له تصدق به واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل
لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر يلزمه فصار كما
اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر
اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم
بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة فتفسخ به المزارعة
ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض
فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى
يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات
فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد
حتى مات رب الارض ترك الزرع في يد المزارع حتى يستحصد الزرع
ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في ابقاء
العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة
لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحفظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض
قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه
ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه
ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب
الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه
بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد
وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت

الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع
ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس
ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما
والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع
عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل
تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد
قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات
رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا
العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى
فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق
احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه
ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه
من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل
لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق
انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل
لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر
لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع
الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل
الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر
على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان
ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات
الثلاثة لما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس

والتذرية

والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت
وهذا الحكم ليس يختص بما ذكره من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع
لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد
يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مالا مشتركا بينهما ولا عقد
فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة
لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف
انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا
فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل
وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية
كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة
والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ
فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما
ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط
الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف
فيه ولو اراد فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب
فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا
فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا
مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة
والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة
ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة



والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة
لو شرط الشركة في الزيادة دون البذر بان شرط رفعه من راس
الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب
في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه
لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة
يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما
يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة
في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان
المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا
وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع عليه
غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة
لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف
ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة
تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت
في الارض فجهلت المدة وشرط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة
اذ شرط جزء معين يقطع الشركة قال فان سميا في المعاملة وقتا يعلم
انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة
في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت
لانا لم نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة
لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ
في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما
اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد
صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقات

في النخل

في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال
الشافعي في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر
وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت
واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا
ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله
وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه
في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف
المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما قدمنا فان دفع نخلا
فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت
لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع
بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل واذا فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة
اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة
وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل
ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره
ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه
ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر
بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر
وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل
من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة
ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض

لأن فيه النظر من الجانبين فإن أراد الورثة أن يصرموه بسرا كان صاحب
الأرض بين الخيارات الثلاث التي بيناها وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل
لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار
إلى وقت الإدراك لا أن يكون وراثة في الخيار فإن أبى ورثة
العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض
على ما وصفنا وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول
سواء وللعامل أن يقوم عليه إلى أن يدرك لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استئجاره
بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استئجارها وكذلك العمل
على العامل ههنا لما بينا وفي المزارعة في هذا عليهما لأنه لما وجب أجر مثل
الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز
أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها وتفسخ بالأعذار لما بينا في الإجارات
وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف
عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا
لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في إلزامه
استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو أراد
العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل إحداهما
أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع أرضا بيضاء
إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب
الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان
حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة
غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار ببعض ما
يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها
بالأرض فيجب رد قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

وفي تخريجها

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحها

كتاب الذبائح

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى إلا ما ذكيتم ولأن
به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة
في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنه ومنه قوله عليه السلام ذكاة الأرض يبسها
وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح
في أي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار
إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن الأول أعمل
في إخراج الدم والثاني أقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الأول إذ التكليف
بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا
كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه
قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين
أوتوا الكتاب حل لكم ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط
وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل
التسمية والذبيحة لا يحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابي
ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لأن الشرط قيام الملة
على ما مر ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت
الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على
ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله والوثني لأنه لا يعتقد الملة قال والمحرم
يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والإطلاق في المحرم
ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا

لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما
اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع
اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم وان ترك الذابح
التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال
الشافعي يؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين والمسلم
والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع
فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف
بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه
يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف
متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رح ان متروك
التسمية عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ
لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى
او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلوة وان كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها
كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رح
يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من
الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى
على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور

لا يدل

لا يدل في حق العامد وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد
تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول
الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل ما
يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز
ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع
شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى
بغيره صيدا لا يؤكل ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره
وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها
ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال
ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن
الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم
والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله
واسم فلان او يقول باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله
بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا
عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده
وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح
اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ
والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء
وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس
عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به
الحمد لله تعالى على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح

وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله
تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع
الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم
الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم
على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة
الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت
وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي
في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم
فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز
الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع
اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد
الودجين **قال** رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف في مختصره
والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع
الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع
الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فا
واختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع الثلاث اي ثلث
كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل
فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه
لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها
ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما
عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ
فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة
ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام فاي ثلث قطعها فقد قطع

الاكثر

الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه
في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم
بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا
قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة
ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون
بأكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عم
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة
ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا
قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت
وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك
ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر
والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة
وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان
وقد امرنا فيه بالاحسان ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر
الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا
ونص محمد رح في الجامع الصغير على انها ميتة ولانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه
نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره
او لم يؤكل ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى
كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم
فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها
ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال عليه السلام لقد اردت ان تميتها موتات
هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع

الراس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان نخع
والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام
انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد
راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب
وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج
اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع
الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره
النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح
او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة
من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة
وكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع
الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت
بما ليس بذكاة فيها وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش
من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه
عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز يتحقق في الوجه الثاني دون
الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار
لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر
ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا
لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم
وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت
في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز
والمصر وغيره سواء في البقرة والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر

على اخذهما

اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر
على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله والمستحب
في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح
فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع
العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي
لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقول مالك رح انه لا يحل
ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا
عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة
الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل
بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع
الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام
ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحياة حتى يتصور
حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة
ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الام
اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد العقد باستثنائه
ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب
من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور
واكل كل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين

فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب
والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم
والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة
اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي
في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع
الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس
بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير قال ولا يؤكل
الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رح لا باس
باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة المخلاة وعن ابي يوسف رح
انه يكره لان غالب اكله الجيف ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان
النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سالته عن اكله
وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء فانما يكره
الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها ولا يجوز اكل الحمر الاهلية
والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة
وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو
قول مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رح لا باس باكله لحديث
جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم
الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان
والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن

بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له
بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض
بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل
كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه
تقليل آلة الجهاد ولا باس باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين
اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا
من اكلة الجيف فاشبه الظبي واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده
الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته
والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك
لانه لا يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع
بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة تؤثر في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت
طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء
القليل لا يفسده ولا ينجسه خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل
قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك
الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل ولا يؤكل من حيوان
الماء الا السمك وقال مالك رح وجماعة باطلاق جميع ما في البحر
واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والانسان وعن الشافعي انه اطلق
ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم
فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث

ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى
عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو
مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال
مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان
اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ويكره
اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان
ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء
فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل
مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات
فيه من غير آفة ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك
والجراد وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يشويه
لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل
كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي عن الجراد يأخذه الرجل
من الارض وفيه الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته
ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة
لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا
انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة
لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى
وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل
ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا
فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم

كتاب الاضحية قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر

في يوم الاضحى

في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة رح
ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله
وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي
ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة
وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام
من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة
ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر
لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه
الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا
ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها
وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص
وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس
غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وتفوت
بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي
ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب
على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى
الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة
لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به
صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به
وسنبين مقداره ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما
وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروى عنه انه لا يجب عن ولده
وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه

وبما عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب
ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه
صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد وزفر والشافعي رح يضحي
من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذه كالخلاف في صدقة الفطر
وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة
والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل
كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع
بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة
والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة
الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة
ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلثة
ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز
عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم
اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه
ان شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا
اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام
على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم
قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما روي على كل مسلم في كل عام
اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح
لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز
على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز

الا اذا كان

الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة
يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا
وفي القياس لا تجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا
والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها
ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه
ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان الشراء للتضحية لا يمنع البيع
والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة
الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا
وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما
كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس
على المسافر جمعة ولا اضحية ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم
النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد
فاما اهل السواد فيذبحون بعد طلوع الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام
من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم
نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا
في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة
وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به
عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه
حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام
ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة
المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها
كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال

قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف بكمال المحل
لا يمكن ان لا صل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال
بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل
اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم
وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة
في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله
ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس
رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا
لان الرأي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن
وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة
وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال
الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي
باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق
والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة
او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها
والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف
والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان
اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشتراها تصدق بها حية وان كان غنيا
تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني
وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت
يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها
ظهرا والصوم بعد العجز فدية ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي
لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا اربع

العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء
التي لا تنقي ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه
عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها
وذنبها فان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء
وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا واختلفت الرواية
عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب
او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر
لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضى الورثة فاعتبر قليلا
وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي
حكاية الكل على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث
الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر
من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار
الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي
هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب
من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو
عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد
العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف
اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع اعلم على ذلك الموضع ثم تشد
عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راته من مكان اعلم
عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث
وان كان نصفا فالنصف ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن
لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا

والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين
موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف
لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت
سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت
مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان
لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي
ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن
لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز
فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان
غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني
بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية
فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن
هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى
ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت
الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا
عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق
بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف
لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم
لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا
من الصحابة رضوان الله عليهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا

الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر
على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعم الاضحية الجذع
من الضان قالوا هذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلطت بالثنايا يشتبه
على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب
الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة
ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس
لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل
في التبعية حتى اذا نزى الذئب على الشاة يضحى بالولد واذا اشترى سبعة
بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم
اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد
منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطها ان يكون قصد الكل
القربة وان كان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد
المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية
عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى عن امته على ما روينا
من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا
قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة
لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز
عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق
بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة
او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون
بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانها لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن
من الورثة فكان قربة ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء

ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا
ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة
من الثلث لان الجهات ثلث الاكل والادخار لما روينا والاطعام
لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا ويتصدق بجلدها
لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال
ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه
في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل
ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا
بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد
في الصحيح ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه
تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع
جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك
والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام
لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا
والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف
اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب
لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده
ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين
بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام
لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة
من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو
ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة

اقيمت

اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة
فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر
اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح
اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية
في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح
وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما لو ذبح شاة
اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية
حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها
غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة
لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار
كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب
وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان
آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله
من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن
حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك
بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر
على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة
عليه او رفع الجرة واما لها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق
فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع
الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت
لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة
واذا ثبت هذا نقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره
بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيه القياس والاستحسان

كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله
فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما
لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء
وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك
القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت
من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه
ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق
الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له
الا بعد الذبح **كتاب الكراهية** قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه
والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا
لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب
وهو يشتمل على فصول منها **فصل في الاكل والشرب**
قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف
ومحمد لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي يوسف لا بأس به للتداوي
وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها
واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه ولا يجوز الاكل والشرب والادهان
والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عم
في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم
واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال
نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب
فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين
وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده
التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل

بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك
كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا ولا بأس باستعمال آنية الرصاص
والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب
والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم
التفاخر بغير الذهب والفضة ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة
والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض
اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع
اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف
يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف
وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا اذا جعل
ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا
وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا
الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص
واما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة
ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة
بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص ومن ارسل
اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي
او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات
لانه خبر صحيح لصدوره من عاقل وهو بين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة
ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك
لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه
لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل قوله في الحرمة ويجوز ان يقبل في الهدية

والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي
هؤلاء وكذلك لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض
والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير
اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها
لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا
قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل
ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا
شرطا زايدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج واما الديانات
لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة
شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم
الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر
لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول
قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر
الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول
العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح
والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار
بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان
المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق
يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط
احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة واما التحري فمجرد ظن
وان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب

بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا
ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات
ذكرناها في كفاية المنتهي ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء
فلا باس بان يقعد وياكل وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا
لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة
فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة
الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع
منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر
على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب
المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب قبل ان يصير مقتدى
ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى
لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد
الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف
ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي كلها
حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان
الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير
والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل
للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم
منهم علي رض ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى
ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثهم الا
ان القليل عفو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير
لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين

او ثلاثا او اربعة ازرار والاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة
مكفوفة بالحرير ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح
وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول
ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف
في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي
الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم
وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير
وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة
حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس
والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس
بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي
انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة
فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو
لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط ولا بأس
بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره
لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى
بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين
الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس
والحشو غير ملبوس وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به
في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما

ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم
والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت
من الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار
وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد
والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر
فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال
ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي
يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب
يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي
ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم
والاباحة ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة
والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون
من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن
وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما الى الختم واما غيرهما فالافضل
ان يتركه لعدم الحاجة اليه ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص
اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ولا تشد
الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد
لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة
بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره
النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل
فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى
فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه
حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير

لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس
كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق
لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان
عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع
في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة
ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم
لا ينفعنك اليوم ان همت بهم ، كثرة ما توصي وتعقاد الرتم ،
وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس
بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان ،

فصل في الوطي والنظر والمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل
الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل
والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة
المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها
الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص
على انه لا يباح له النظر الى قدميها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه
بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا
لانه قد يبدو منها عادة فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر
الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة
اجنبية عن شهوة صب في عينيه الانك يوم القيمة فاذا خاف
الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه
لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك
ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة

لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه
بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل
وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت
عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة
وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان
مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه
استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا
اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يامن
عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت
لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة ويجوز
للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر
الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس
بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة
او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح
واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح
لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن
اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها
لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما ولان مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع
المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس
الى الجنس اسهل فان لم يقدر يستر بدنها سوى موضع المرض
ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر

الى موضع الاحتقان من الرجل لانه ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش
على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض وينظر الرجل من الرجل
الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل
ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته
وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي
والركبة عورة خلافا للشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر
وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر
محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص
بخلافه وقد روى ابو هريرة رض عن النبي عليه السلام انه قال
الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها
ابو هريرة وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ
عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح
وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ
اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف
الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح للرجل النظر
من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء ويجوز للمرأة ان تنظر
من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل
والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب
الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل
الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وان كان في قلبها شهوة
او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض
بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر
وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة

وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين
ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة
واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد وتنظر المرأة من المرأة
الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام
الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت
الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل
الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاول اصح وينظر الرجل من امته التي تحل له
وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة
وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك
وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر
اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير
ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر
رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر
والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل
فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم
مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد
والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر
والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل
على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب

مهنتها فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة
تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة
والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان
او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت
المصاهرة بنكاح او سفاح فى الاصح لما بينا ولا باس بان يمس
ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة وقلة
الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس
وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه
الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان
وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات
المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام
لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم
منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل
فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت
الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها
وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها
على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده
ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها
يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب
يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان وينظر الرجل من مملوكة
غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج
مولاها وتخدم اضيافه وهى فى ثياب مهنتها فصار حالها
خارج البيت فى حق الاجانب كحال المراة داخله فى حق محارم

الاقارب

الاقارب وكان عمر رضى الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة
وقال القى عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحراير ولا يحل النظر الى بطنها
وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا ما دون السرة
الى الركبة لانه لا ضرورة كما فى المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن
وكمالها فى الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد
لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابى حنيفة على ما عرف اما
الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما فى المحارم وقد قيل لا يباح
لعدم الضرورة وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد فى الاصل الضرورة
فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة ولا باس ان يمس ذلك
اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهى كذا ذكر فى المختصر واطلق ايضا
فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة
وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه
ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط
عدم الشهوة واذا حاضت الامة لم تعرض فى ازار واحد ومعناه
بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت
تشتهى وتجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد لوجود الاشتهاء
والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء
مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق
وينزل وكذا المخنث فى الردى من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل
انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص
ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها
وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعى لقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان

ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح
في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص
الاماء قال سعيد بن جبير والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها
في الاناث دون الذكور ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته
الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال
لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة
وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا
لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره
فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

ومن اشترى جارية
فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها
والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى
حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد
لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة
الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه
وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد
ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية
ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه
غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي
والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا
فكان السبب استحداث ملك الرقبة الموكدة باليد وتعدى الحكم
الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع
والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي

ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت
المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب
دون الحكم لخفائها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزى
بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء
او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها
قبل القبض خلافا لابي يوسف رح لان السبب استحداث الملك واليد
والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزى بالحاصل قبل الاجازة في بيع
الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض
في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية
للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان
والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزى بالحيضة التي حاضتها بعد القبض
وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية
وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد
اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة
لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير
الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة بيناها في كفاية المنتهي
واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها
اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة
البائع بخلاف الحائض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل
الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي
لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق
الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رح

انها لا تحرم لانها لا تحمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل
لا يصح دعوة الحبل بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل
بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن
مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء
بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة
واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع
عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة
وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية
عن ابي حنيفة رح قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند
ابي يوسف خلافا لمحمد رح وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ
قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول
محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها
قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل
الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها
او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث
الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل
بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير
قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه
لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام
وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم
لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر

نفلا

نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها
وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه
وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه
لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
والاصل فيه ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله
وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص
ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل
فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما
ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة
او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره
بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا
وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا
او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا
اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق
في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها
وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح
اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح
له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة
عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له
وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى
لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرنا

بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه
او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا
حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام
نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه
محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال
ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح
اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه **فصل في البيع** قال
ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز
بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل
الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان
مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز
بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع
بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة
ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها
ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له
وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر
من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها
علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه
انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة
على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض
بشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم

انها



انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها
او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي
لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان
عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول
دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد
فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه
معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله
لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى
له ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان
الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك
لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو
ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها
لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها
الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب
من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها
انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ
ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي
فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث لزوجها
المطلق انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني
فانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها الزوج الاول وكذا
لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ
ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج
حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد

بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها
وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها
حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام
على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر
بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت
من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ
والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا
وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها
في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت
انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد
بخلاف ما تقدم واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين
فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا
فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر
ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل
اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق
الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين
والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي
فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب
مرزوق والمحتكر ملعون وفي رواية الاجر ينتظر الرزق والمحتكر
ينتظر اللعنة ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع
ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك
بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا
لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل

لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا
اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن
والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه
فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار
في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة
اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا
لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل
هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة
فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل
والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم
بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل
المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة
في الطعام غير محمودة ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس
بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا يرى ان له
ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة
لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال
ابو يوسف رح يكره لاطلاق ما رويناه وقال محمد كل ما يجلب منه
الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق
حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه
الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة ولا ينبغي للسلطان ان يسعر
على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي

للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين قال واذا رفع
الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار
السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه
وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس قال فان كان ارباب
الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي
عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي
والنظر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه
القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما
الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح
لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه
قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق
لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب
الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة
لا بأس به لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك ولا بأس
ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد
تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر
بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء
من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت
ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر
وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون
من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار

لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة
لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة
فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له
الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يكره له ذلك لانه اعانة
على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه
وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات
الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية ولا بأس
ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس
ببيع ارضها وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص
الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام مكة حرام لا يباع
رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر
اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في
حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام
من آجر ارض مكة فكأنما اكل الربا ولان اراضي مكة تسمى السوائب
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى
عنها اسكن غيره ومن وضع عند بقال درهما يأخذ منه ما شاء
يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ به ما شاء
حالا فحالا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وينبغي
ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض
حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل متفرقة قال ويكره التعشير
والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن
ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان
التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره

قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران
القران فيكون حسنا ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش
المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل
اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل
مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلوا عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا
يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة
عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل
وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يودي
الى تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين
عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة
في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة ولا باس
باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة
والناس وصح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا
الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه ولا باس بعيادة اليهودي
والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام
عاد يهوديا مرض بجواره ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسئلك
بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز
ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم
تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم
وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه ماثور
عن النبي عليه السلام روي انه كان يقول من دعائه اللهم اني
اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك

وباسمك الاعظم

وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر
واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان
او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق ويكره اللعب بالشطرنج
والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص
وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام
لهو المومن باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه
وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ
الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلام
من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه
نوع لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الجمع والجماعات فيكون حراما
لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط
عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد
التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به باسا ليشغلهم عما هم فيه ولا باس
بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره
كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس
كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام
قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة
رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم
دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء
ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم والدنانير فبقي على اصل القياس
قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة
له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع من باب الولاية

لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان
الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة
حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر
وكل ذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط
اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه
لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض
كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم
والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا
للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق ولا يجوز
للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها
ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر
الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير
العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه ويكره ان يجعل الرجل في عنق
عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه
من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار
فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء
واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله ولا بأس
بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد
باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل
المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام ولا بأس برزق القاضي
لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا
رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون

نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة
كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون
كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء
طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب
الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب
يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل
رفقا ببيت المال وقيل الافضل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء
عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا
يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى
الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة
وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج
خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل
قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المرأة اذا ماتت
في السنة بعد تعجيل نفقة السنة والاصح انه يجب الرد ولا بأس
ان يسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء
فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد
امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع
الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة
سمي بذلك لبطلان الانتفاع به فما كان منها عاديا لا مالك له
او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته
فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى

العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون
مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقة
فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف
مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع
نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر
ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم
عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان
قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة
السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه
وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه
لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت
يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما روياه يحتمل انه اذن
لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في
سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج
على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء
الخراج على اعتبار الماء ولو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل
الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان
الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها
بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول
بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة
من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في الارض

الرابعة

الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملك الذمي
بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن
الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام
ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين
من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان
التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به
لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رض
ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع
فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه
بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك
واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة
فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون
الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون
بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق
ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها
وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول
او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها
وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها ولا يجوز
احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم

لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم
بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين
عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية
فله حريمها ومعناه اذا حفرها في ارض موات باذن الامام عنده
او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون
ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح
انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها
وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند
ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة
ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا
ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر
العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت
وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى
عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق
الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان
تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من بئر العطن
بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه
ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة وان كانت
عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة
مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه
الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة فلهذا
يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع

من

من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه
من قبل وقيل التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة
بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول
قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كي لا يؤدي الى تفويت حقه
والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع
فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاول فللاول
ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان
ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ
برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره
وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان
وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام
فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة انه يجعل
الحفر تحجيرا وهو يسبب منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه
وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره
وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاول فذهب ماء البئر الاول فلا شيء
عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون
الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم
بقدر ما يصلحها وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل
هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق
فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين
فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم
ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم
له يجد فيه ثمره وليضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث

وتمارز لفرات او دجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه
لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات
اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر
غيره وهو اليوم في يد الامام ومن كان له نهر في ارض غيره فليس
له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم البينة على ذلك وقال ابو يوسف
ومحمد له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة
بناء على ان من احيى نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم
عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي
لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه
النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله
ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة
الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون
الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر
الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه اعتبارا
تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر
يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت
مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء
به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض
صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة
والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع
باب ليس في يدهما والمصراع الاخر معلق على باب احدهما
يقضي للذي في يده ما هو شبيه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع
الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه

مما يصلح للغرس حتى انه كان مستمسكا به ماء نهره فالاخر دافع الماء
عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط
لرجل وللاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع
الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة وللاخر خلف المسناة ارض تلزقها
وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رح
وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة
في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا
اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل
اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو
من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب
الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف
وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب
النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رح آخذ بقوله
في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رح ان حريمه
مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر
من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له
ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم
ثم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحر ولكل واحد من الناس فيها
حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها
الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس
والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني
ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ولكن للناس

فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيى واحد ارضا ميتة
وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك
احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يرفع قهر غيره وان كان يضر
بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل
الى هذا الجانب اذا انكسر ضفته فتغرق القرى والاراضي وعلى هذا
نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء
في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس
شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب
خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز
ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة
ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو
محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع
وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه
اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك
لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار
مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت
فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما رويناه حتى لو سرقه انسان
في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان
البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة
من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء
في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه
الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهو مروي عن الطحاوي
وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض

موات

موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء
حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف
على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع
حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاواني
حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير السلاح بالعصا لانه ارتكب
معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء
كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع
الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها في كل وقت فصار
كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي
المزارع والمساجد والجوامع مع تفوت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه
للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه
كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا
او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون
فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره
من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك
لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان الحاجة
تقطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها
حقه فلا يمكنه التسييل ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره
فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في اناء والله اعلم

فصل في كري الانهار

الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد
ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه
تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص

والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه قال فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مونته عليهم ويصرف
اليه من مونة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان
الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء
فالامام يجبر الناس على كريه احيا لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها
بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه
يخرج له من كان يطيقه ويجعل مونته على المياسير الذين لا يطيقونه
بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة
تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر
العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض
فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر
عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم
بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه
فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل
واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا
فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم
ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومونة كري النهر المشترك
عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين
لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء
فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب
الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته
كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه

بسده

بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز
فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له رايا في اتخاذ
الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه
مونته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له
ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة
من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب من غير ارض
استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى
الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر
لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر
في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا
النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها
فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب
في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف
فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب
كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار
الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب
حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه
يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب
بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز
لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر

من غير رضاهم لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يجري منه نهرا او ينصب عليه
رحى الا برضى اصحابه ولان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك
بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض
صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر
بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري
عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا او قنطرة
بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص
يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له
ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك
في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا
ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه
يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع
منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل
كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل
باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة
فلم يكن تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد
احدهم ان يقسم بالايام فليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه
لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس
لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة
بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم
ان يشق نهرا ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى
وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى

ليس لها

ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه
وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض
الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء
قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح
فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا
الطريق ولو اراد الاعلى من الشركاء ان يسكر النهر الخاص وفيه كوى بينهما
ان يسد بعضها وفي نقص الماء عن ارضه كيلا ينز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما
لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد
التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده
لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب
مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة
والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس
بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود
فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل
ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة
ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع
الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته
وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها
باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف
التفاوت الى قضاء الدين فان لم يجد ذلك اشترى على تركة
الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيؤدى
من الثمن ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى

الرجل ارضه او نخله بالماء اي ملأها فسال من مائها في ارض جاره فغرقها
او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه
والله اعلم **كتاب الاشربة** سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان
حكمها **قال** الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد
وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء
المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد
وغلى قال اما الخمر فالكلام فيه في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي
النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل
اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام
كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة
والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا
انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرنا ولهذا اشتهر استعماله فيه
وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي
خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه
فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر
وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رح والثاني
اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد
ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما
اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا
المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة رح ان الغليان
بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي
من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار
المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد

احتياطا

احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف
عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لانه
يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب
فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة
ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله
يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربها اللذة
بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى
لا يتعدى حكمها الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد
لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعدية في الاحكام
لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي
والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها
ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن
بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه
ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة
على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه
يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم
جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه
واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد
شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان الحكم

الفصل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة وتقديره ثمانين
في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة
لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد
بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه
خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى
الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا
اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي
انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا
انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد
المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام
مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا
ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء
وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب
وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف
الاوزاعي وقد بينا المعنى فيه من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة
دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها
اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب
بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى
ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها
عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية

بسقوطها

بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف
ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها
اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف ودون الثلثين قال في الجامع الصغير
وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم
والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع
طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك
وعن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه
كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع
الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه
تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد
لا يحمض ووجهه ان بقاءه في هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته
وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس
رضي الله عنهما وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه
فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى
وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة رح فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط
ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما
ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه
لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي نذكره
ان شاء الله تعالى ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه
قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي

فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدنا على عجوة وزبيب
وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب
وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب
وبين الزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان
ذلك في الابتداء ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال
وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو
وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره
كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا
الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر
من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه
في زماننا اجتماعهم على ساير الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه
لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه
قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي حرام
وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق
وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات
الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله
حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام
ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام

ومن

حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب
خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو
القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو
لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو
في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه
ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء
بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب
الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى
يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما
فلا يكون الذاهب ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي
بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب
ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد
العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب
لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير
العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا
اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع
الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيب ان كان ما انقع فيه
شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس وان كان يتخذ النبيذ من مثله
لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة
ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ
الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم
والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية

فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا
المسكر قال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له واما
بعد التطهير فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا
لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل
ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف
يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته
واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها
ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل
ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء
فيه ففي الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه
التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام
الخل ولان التخليل يزيل الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح
من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح
مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ
والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه
من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر
خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل
من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال
على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه
اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا
او دبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي
والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر

اليها

اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس كما في الكتب والمنية ولو القى الدردي
في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا
قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي
يحد لانه شرب جزء من اجزاء الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره
لما في الطباع من النفرة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة
ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب
عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه
انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب فلو جعل
الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ
ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن
ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق
من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب
ستة دوارق فيبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا
هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة فيكون
ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمجرده
ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب
مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لان الذاهب
الاول هو الماء والثاني هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير
وان كانا يذهبان معا يغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثه
فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير
فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه
بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء

فعلى الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه
الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة والغلي بدفعة والدفعات سواء اذا
حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان
يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه
ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه
ان يأخذ ثلث الجميع فيضربه في الباقي بعد المنصب ثم يقسمه على ما بقي
بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو
حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق
ثلثة ارطال يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث ويضربه فيما
بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم يقسم العشرين على ما بقي
بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج
لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت انه يحل ما بقي
منه رطلان وتسعان وعلى هذا يخرج المسائل ولها طرق أخر
وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد
والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام
لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك
على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه
نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف
وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب

ثم



ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني
في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال يجوز الاصطياد
بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع
الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير
فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل
فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب
في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه
من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل
سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد
والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته
وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين
ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا من النص منطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك
الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته
وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي
لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل فيضرب ليتركه ولان آية التعليم
ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة
آية تعليمه اما الكلب فهو مألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه
ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا
عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان فيما دونه مزيد الاحتمال
فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل ذلك على انه صار
عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار

كان مدة الاختبار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع
امارة التعليم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فيقدر بها
وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن
الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا
بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها
وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل
لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان
الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى
وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك
المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد
المباشرة واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عليه
عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث
عدي رض ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار
السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا
على ما بيناه والحرمة في متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي
موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال
وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح
اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه
ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط
رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا فان اكل منه الكلب او الفهد
لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه من دلالة التعليم

وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي وهو حجة على مالك والشافعي
في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل
منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده
بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء
واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام
المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه
بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل
ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه
قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل
بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا
من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء
لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع
لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل
اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا
ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل
لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه
وامسك عليه ما يصلح ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها
اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما
غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد
والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل
ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش
الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل

لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مرّ بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد
لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه
وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد
فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون
حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ
يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله وان
ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته
حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته
فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن
من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر
الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي لانه
لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال
ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم
مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر
الذبح فاقيم الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى
في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة
لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصّل بعضهم
فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل بالاجماع وان لم يتمكن
لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق
صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

اما اذا شق

اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب
المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا
قولهما اما عند ابي حنيفة لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة
الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرنا
اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية
والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية
او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا
من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه
لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه
ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت
والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت
فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن
فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد
وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره
حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه
ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء
به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله
على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل
بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا
تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح
الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الاول

فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة
بتسمية واحدة يحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن
ثم اخذ الصيد فقتله يوكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع
الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله
ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكل جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع
وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول
فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال
بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه لاخذه وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم
ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله
فانه يوكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة
للتمكين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري
ارسله انسان ام لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة
بدونه وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل لان الجرح شرط على ظاهر
الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح
انه اذا كسر عضوا منه فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهو
كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار
الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق وان شاركه كلب غير معلم
او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يوكل لما روينا
في حديث عدي رض ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة
نصا او احتياطا وان رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات
بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح
وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي
ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة ويتحقق بين فعل الكلبين

لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول
حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب
المرسل دون الصيد حتى ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه
فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر
تبعا فيضاف اليهما واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره
فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار
اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله
كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولو ارسله
مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لان الزجر دون الارسال
ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل
من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة
المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد
فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا
ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه
وقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر
اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر
اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا
ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة
حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني
بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حس ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه

فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه
قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم
الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها
وعن زفر انه خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة
ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا
وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت
بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا
صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي
او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير
الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثوق بمنزلته لما بينا
ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي
هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير
فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه
الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية
عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه انه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما
ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه
لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصابه اذا جرح
السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية
عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهه
والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده واذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد
عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره

اكل

اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال
الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق
لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى
الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار
يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى
عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة
سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم
الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع
ما ذكرنا واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى
منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل
الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال ويؤيد ذلك قوله
لعدي رض واذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء
قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز
عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه
فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب
الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى
وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما لا يمكن التحرز عنه
اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل
فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع
على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد
هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا
او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر
عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على

فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق
المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي
على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل
على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك
عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس
في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء وما اصاب المعراض
بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب
بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمنا
ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح
فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك اذا رماه بحجر وكذا ان جرحه
قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان
الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا
وجعله طولا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه
بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه
بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل
الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج
ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه قتله ثقلا لا جرحا اللهم
الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف
والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا
الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل
بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح
او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين
فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف

لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات
بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك
عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم
قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله
عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم
ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء
ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين
دخل فيما ذكرناه ولو اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل
والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل
الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد
لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين
الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة
ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف
الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي
حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة
ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم
قوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح
في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية
لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان
من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل
وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه
حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة
او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع

يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان
ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده نصفين او قطعه
اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان
والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة
بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين من حي وهو ميت الا
ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة
فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع
وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان
لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا
ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله
لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده
حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني ولا يوكل صيد المجوسي
والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بينا في الذبائح ولا بد
منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني او اليهودي لانه من اهل الذكاة
اختيارا فكذا اضطرارا ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه
من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال
عليه السلام الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة
للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان
الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا
الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد
بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان
رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده

وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه
يبقى فيه من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه
فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة
لا عبرة به عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر
عنده على ما عرف من مذهبه قال والجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء لا يحل قال والثاني ضامن لقيمته
للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه
ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف
قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول
بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون
القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا
بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت
حصل من الجراحتين او لا يدرى قال فالثاني يضمن ما
نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن
نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه
فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون
هو متلفا نصفه وهو مملوك غيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين
لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا
واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار
لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه
ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان
كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما
اذا كان الرامي غيره ويصيره كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه

ثم رماه ثانيا واثخنه لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا ويجوز اصطياد
ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص
بماكول اللحم قال قائلهم ~ صيد الملوك ارانب وثعالب
واذا ركبت فصيدي الابطال ~ ولان صيده سبب للانتفاع بجلده
او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

قال الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان
وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون
وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روي انه عليه السلام
اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك
الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم
بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة
والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه وقال مالك يلزم بنفس
العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة
فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته
على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية
وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد
مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول
الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف
الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب
ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا
تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن

بالخيار

بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض
اذ المقصود لا يحصل قبله واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال
الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير
مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين
اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو
ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الراهن عنده
ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا
اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك واجماع الصحابة والتابعين
على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له
والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي
بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن
يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم
قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة ~ وقال قائلهم
وفارقتك برهن لا فكاك له ~ يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا
والاحكام الشرعية تتعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن
وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك يثبت
بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن
وليكون عاجزا عن الانتفاع فيسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره
واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك
فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام لانه
ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى الاستيفاء

الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة
حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا
قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء
وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة
فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات
يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا
بالبيع فتخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا
وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد
للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده
لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وستأتيك البواقي
في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى ولا يصح الرهن الا بدين مضمون
لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه
ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها فانه يصح الرهن بها
ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد
العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة به
وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك
بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود
سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به
بهلاكه تحقق الوثيقة وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا
لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون
قدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل

سقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر
المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته
يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة
له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة
على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين
ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رض ولان يد المرتهن يد الاستيفاء
فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة
مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان
والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي عنه رض انه قال المرتهن
امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان
حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس
جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل
فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن
قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر
الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل فاذا احضره
امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا
وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان
الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها
في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط
بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة
يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه
التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة

الضرر ولم يلزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد
او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن
احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه
فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان
الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل
مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد
فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف
لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره
لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد
الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن
على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن
فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صار
قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع
الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب
دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره
فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله
وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان
ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن
ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل
بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل
جحد الرهن وقال هو لي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت
كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق
استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به وان كان الراهن في يده

ليس

ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي
الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه
لانه زال المانع من التسليم بوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم
استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق
فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن
له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن
على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط
الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع
بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له
حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن
وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك
تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي
وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي
في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا
لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله
او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك
بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب
بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه
غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء
لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه
لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان

ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه
سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة ويضمن في السيفين لان العادة
جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم يجر بتقلد الثلاثة
وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن
وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي
يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته
فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق
على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه
مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة
الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق
واجرة ظئر ولد الراهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه
فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه
فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن
لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت
من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء
وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر
الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة
يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف
اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان

في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس
في الكل ثابت له واما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر
المضمون ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء
من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة
لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه
بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف
الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع
وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه
امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه لا يرجع اذا كان
صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في
الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر **باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به**
وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز
ولنا فيه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت
يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده
المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب
الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر
الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل
ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه
في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال
رهنتك يوما ويوما لا فلهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة
القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا
الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة

ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني
يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فصار كانه رهن يوما ويوما لا
والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف
انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول
ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه في الابتداء والبقاء سواء
كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك
واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره
في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد
في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل
ولا زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها
لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع
وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخل دون الثمرة
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان
متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده
وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم
للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار
دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة
بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة
لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله
فيدخل تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز
ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث
لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما
وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا

في الثمرة

في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض ولا يدخل في البيع
لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي
يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان
الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه
في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا
رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة
مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار
والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع
الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه
اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه
من غير ذكر ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري
والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون
فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين
منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع
لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين في يد البائع لا يضمن
البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان
المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه
مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد
يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه اذا كان قائما وجب تسليمه
وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح
قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق
ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك

الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام المطالبة والتزام
الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك
عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود
وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن
حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار
الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له
حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه ويصح الرهن براس مال السلم
وثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء
وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود
ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال
وهو المضمون على ما مر والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه
فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه
واذا هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف
والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل
هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه
بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم
ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال
حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون
ذلك رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه
لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان
الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى

عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك
المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا ولا يجوز رهن الحر
والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء
ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين
ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر
الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش
ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد
الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه
شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله
شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم
او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان
ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا
لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم
لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها
فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه
عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة
ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل
عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية
وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما يصالح عليه رهنا ثم تصادقا
ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه
فيما تقدم من جنسه ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير
لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام يد المرتهن بحفظه
ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي

بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز
ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر
وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض
يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح
الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير
الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا
لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه فاكولد(؟) اصل
المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه
جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة
وكذلك وكيل البائع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب
الضمان واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير من نفسه او من ابن له
صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة
شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال
الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه
او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو
قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن
من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن
من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية
له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة
في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان [الوصي] لليتيم في كسوته وطعامه
فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن
يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له

التجارة تثمير المال لليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء
واستيفاء واذا رهن الاب متاعا للصغير فادرك الابن ومات الاب
ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف
الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب
رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته
الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان
الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه
وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك
ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب
ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن
ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج
من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ
لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي
لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة
نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة
نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك
عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال
وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان
قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم
لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته
اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم

لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين
ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين
فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا
عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ٥
قوله غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن
ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ
لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب
او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له
ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان
لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع
الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا ويجوز رهن الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها هلكت مثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر
بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه
ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه
عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون
قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء
عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول
وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته
اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء
بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي

الى الربا

الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم
وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه
لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه
وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذا مع ابي يوسف
والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع
الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر
فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي
الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين
لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الافتكاك مع النقصان
لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته
من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن
بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين
اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك
مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع
فكذا ما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية والطريقة ان يكون
مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن
وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث
وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه

جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق عندهما
ظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه
اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة
للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا
يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة
وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس
الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا
ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة
والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه ثمانية عشر
وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها
وفي تصرف المريض وان كان لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فيجب
اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط
والزيادات مع جميع شعبها ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري
شيا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل
وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان
انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه
يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا
اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن
ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة



والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غايبا فحضر في المجلس
وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر
يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البايع بالخيار ان شاء رضي
بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي
الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة
ومن اشترى شيا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب
حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن
وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت
الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال
زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن
ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه
بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا
لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين
بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين
وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن
محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزايه مبالغة في حمله
على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد
من عبدي الرهن شيا من المال الذي قد رهنه به فكذلك الجواب
في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له
وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني

انه لا حاجة الى الاتحاد لان لاحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر
الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال ومن رهن عينا واحدة عند
رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما
لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه
وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز
عند ابي حنيفة رح فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل
في حق الآخر والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك
يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى فان اعطى
احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن
في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى
احد المشتريين حصته وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا
واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه
حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير
شيوع وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة انه رهنه
عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته
انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد
الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة
واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء
لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين
التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل
التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان
لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل منهما اثبت ببينته

حبسا

حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون
وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه
وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك
يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما
واقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه
رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي القياس هذا
باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن
فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة
وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حال
الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين
والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت
اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة
ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام **باب الرهن
يوضع على يد العدل** واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز
وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك
ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده
على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن
لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين
تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق
لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع وليس للراهن ان ياخذه
منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته ولتعلق حق المرتهن
استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل

الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين
ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع
الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل
القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان
على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما
يرفع احدهما الى القاضي ليفعل ذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن
الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له
لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع
البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن
فالراهن ياخذ القيمة لان العين لو كان قائما في يده ياخذه
اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل
والمبدل واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن
عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت
في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل فان عزله لم ينعزل
لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه
وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله
ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل
بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع
بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم
باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله
وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل بموته لان الرهن لا يبطل
بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم وللوكيل

ان يبيعه

ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات
المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما
فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم
وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل
رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة
لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا
يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعدما صار اعيانا قلنا التوكيل
حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق
المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي
ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا باذن المرتهن لان المرتهن احق بماليته
من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع فان حل الاجل وابى
الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه
لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة
وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه
اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه
اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه قالوا لم يكن التوكيل
مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول
وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب
في الفصلين واحد ويوجب اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان
رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا فاذا توى
كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون
وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه

يستحقه من جهة المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال
في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم
مقام الاول لحما ودما وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن
ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء
ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا
ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه
الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء
ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع
وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه
وان ضمن العدل نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع
ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ
البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع
على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد
باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان
انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه
واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني
وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده
لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد
فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما
اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع
عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن

لانه

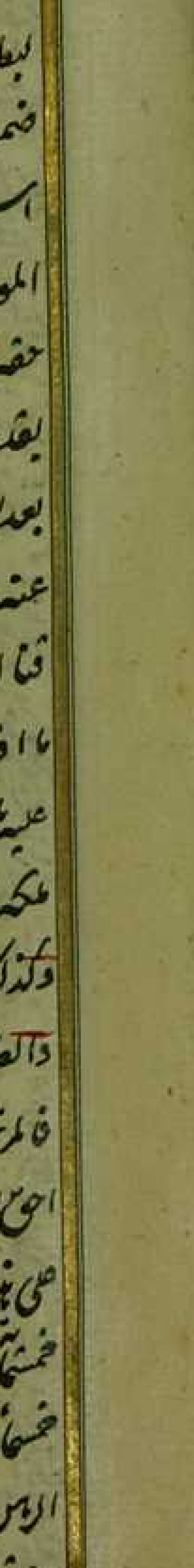
لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة
واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به
على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل
لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض
فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط
في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن
ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة
المنفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل
ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد
لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر
الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات
العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء
وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة
فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود
حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع
المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء
قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه
بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن
اليه كانه وكيل عنه والملك يثبت له متاخرا عن عقد الرهن بخلاف
الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن

فيسند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى
باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره. قال واذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو
المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى
بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به.
فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه
الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفاذ والمقتضي موجود وهو التصرف
الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه
الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل
وصار كالعبد المديون اذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم
رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن
البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل
للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك
له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه
لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس
لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى
يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي وللقاضي ان يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم
وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري
قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن
من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف
ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني
فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر

او رهن

او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول
والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فصح تعيينه
لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن
والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة
فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق
ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ
اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع
بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه
معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها
اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه
فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المشتري العبد المشتري
قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة
لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة
باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك
بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع
الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة
على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى به رقبته لا يلغو بل يؤخر
الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن
لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب
باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين
فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة
فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل

وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان
بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق
يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال العبد الضعيف
وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل
نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى
دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى
في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده
وعندهما لتكميله وههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار
كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي
اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت
للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك فوجب السعاية
هنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل
القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية واحدة
عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف
لان البائع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل
حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا
ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يملكه الاسترداد فلو اوجبنا
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى بالرهن
عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية
عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق
الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فصح بخلاف ما بعد العتق
لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق
عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت



امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين
وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى وصار اذا خرجا عن الرهن
لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا
ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا
استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال
المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه
والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن
بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى
بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه
عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته
قالا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف
ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو عتق الراهن المدبر وقد قضى
عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق
ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى
وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف
والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي
فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه
احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب
على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين
خمسمائة فصار كان الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان
الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين

يوجب غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل
لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة
استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل
يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت
عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن
الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص
كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فيه مضمون
بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف
وهو قيمته يوم اتلف واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه
او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية
ويد الرهن وان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض
المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق
الا في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده
الى المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية
ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال
الا ترى ان حكم الرهن ثبت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا
بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد
القبض في عقد الرهن فيعود رهنا بصفته وكذلك اذا اعاره احدهما
اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل منهما ان يرده
رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة
والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج
عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل ان يرده الى المرتهن
يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات



فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار
المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان
المرتهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع
يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن
الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بينا ومن استعار من غيره
ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات
ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين
ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا
في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة
لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير
ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا
لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه
وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك يفيد لتيسير
البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ
واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم
عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين
انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن
بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق
بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر منه
فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك
ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه

بحاله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه رضي بها
وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب
الثوب على الراهن على ما بينا وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب
بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا
ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن
لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه
ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي
اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ
ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند
الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير
قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول
للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين وكذا لو اختلفا
في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار
اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود
وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض
والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود والمسمى لما بينا انه كالموجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه سلم له مالية الرهن باستيفاء
من المرتهن بحصول براءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا
فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع
بالدين على الراهن لانه لم يستوف وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق
قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض
دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين

ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل
ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما
فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتكه الراهن
ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير
صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء
حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان
وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا يبرأ الا بالوصول الى يد المالك
اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق
لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق
حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث
والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم
مقامه وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون
الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى
عليه المرتهن فيضمنه لمالكه وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما
هدر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد
بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك
الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه
فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية
حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية
فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن

وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وكذا ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه
فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن
لا تعتبر بالاتفاق اذا كان قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره
لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين
فعن ابي حنيفة انه تعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه
جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا تعتبر لان حكم الرهن
وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر
فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطأ وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل
فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله
ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا
لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا
ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر
في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان
بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه
اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر
بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته
يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه
المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم
على اصله حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية
وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على المرتهن

بشيء

بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر
وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء
او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا
فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير
مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد
لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا وان كان
امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع
بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده
وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر
ما استوفى كذلك هذا وان قتله عبد قيمته مائة وقيمة المقتول
الف فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم
العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له
ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا
بقدر العشر فبقي الدين بقدره ولاصحابنا ان العبد الثاني قائم مقام
الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه
ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن
كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب
يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس
العبد لقيامه مقامه لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تمليكه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ

وهو مشروع بخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان
العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به
فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية
على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل
فبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من الفداء لان
الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي
قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم
له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب
الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار
الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك
وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن
وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث
يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع
خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء
وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون
مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه
على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار
ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرناه في الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين
العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى
فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن
وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن
فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن

بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان
دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه
حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع
بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته
وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد
لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف
وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة
والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا
على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن
لما بينا وانما منه الرضى به وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي
راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن
وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية
ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك
يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء
عوض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن
فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون
المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن
لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان
متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور
وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط
الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا
ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان

أي سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي
لأن الفداء في النصف كان عليه فإذا أداه الراهن وهو ليس
بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى بعضه
فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر
فهو متطوع وإن كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول أبي حنيفة رح
وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين
لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي وله أنه إذا كان الراهن
حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما إذا كان
الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه
ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا وأما إذا مات الراهن
باع وصيه الرهن وقضى الدين لأن الوصي قائم مقامه ولو تولى
الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا الوصي
وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه لأن القاضي
نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر
في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ما له من غيره
وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم
من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء
الحكمي فأشبه الإيثار الحقيقي فإن قضى دينهم قبل أن يردوه
جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر
جاز الرهن اعتبارا بالإيفاء الحقيقي ويبيع في دينه لأنه يباع فيه
قبل الرهن فكذا بعده وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل
جاز لأنه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي
تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى

فصل

ومن

ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة
فهو رهن بعشرة لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية
فيهما والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى إن من اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع
بمنزلة ما إذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ
جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك
فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة
المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره
لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن
يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا رح من يمنع مسألة البيع
ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر
والصوف والولد لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل
لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه فإن هلك يهلك بغير شيء
لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد
مقصودا إذ اللفظ لا يتناولها وإن هلك الأصل وبقي النماء
افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
وقيمة النماء يوم الفكاك لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة
تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار
مقصودا كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله
الأصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور
المسائل على هذا الأصل تتخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى
وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها
عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال



فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لانه اباحه فيصح
تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر
ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك
الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي
شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن
اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه
فكان مضمونا عليه فيكون له حصة من الدين فيبقى بحصته وكذلك
ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي
يحدث على هذا القياس ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز الزيادة
في الدين عند ابي حنيفة رح ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال
ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح
لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن في الثمن والمثمن والمهر والمنكوحة
سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى
ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن
فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد
للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين
توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن
توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى
انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين
والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه
ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل

يجب

يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية
يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم
القبض الف والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين
وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان
في كل واحد منهما ثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض
واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة
كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه
وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت
الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة
يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت
على الام فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر
قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل
في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض
القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني
في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما لا بدخولهما فاذا رد الاول
دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن
على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه
كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة
وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف
ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه
من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة

والقبض رد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرا
المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم
الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه
الا اذا احدث منعا لانه يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت
المراة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله
ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين
بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه
رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء
ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء
لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة
لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك تقرر الاستيفاء
الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا
او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن
بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى
البراءة بطريق الاداء لانه يزول عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه
او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل
وكذا لو تصادقا ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم
وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد
وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل
يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح

كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد
هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان
متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا
متعمدا الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال
والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية
لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة
الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون ذلك الا
ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا
وليس للولي اخذ الدية الا برضى القاتل وهو احد قولي الشافعي
الا ان له حق العدول الى المال من غير رضى القاتل لانه تعين مدفعا
للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين
باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير
ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح
موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء
زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم
عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين
مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة
الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها
ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها
ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها
لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث
لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس
بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رح

وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد
ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة
صغيرة لا يقتل بها لانه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد
ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف
فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل
ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعماله على غرة من المقصود قتله وبه يحصل
القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل
بالسوط والعصا الصغير قال وموجب ذلك على القولين الاثم
لانه قتل وهو قاصد الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة
على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلث سنين لقضية
عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وستبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى
ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط
القصاص دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد
فالحجة عليه ما اسلفناه والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي
شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ
في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة
والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة وهي
على العاقلة في ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا
المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن
بهذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به

بخلاف

بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ واصاب
موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد
الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ
مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل
بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به آدمي
الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا
فوجبت الدية على العاقلة ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث
وقال الشافعي يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا
ان القتل معدوم فيه حقيقة والحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره
على الاصل وهو وان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون
شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف
الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم باب ما يوجب
القصاص وما لا يوجب قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم
على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد
لينتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى
الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد
ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك
ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان
وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص
يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة

والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي
له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت
الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف
او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن
بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي
بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة
ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح
بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في
اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور
التقاتل والتفاني ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد
الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه
ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا
لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن
والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء
وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب
او الام وان علت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه
لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل
بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصا على ابيه
سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال

الشافعي يفعل به مثل فعله ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته
لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف
والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل
المقصود بمثل فعله فتحز رقبته فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم واذا قتل
المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فله القصاص
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه
سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا
وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها
منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء
للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب
لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسئلة
لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث
غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق
لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف
بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى
لان المولى متعين فيهما وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب
القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ
الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق
في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع
الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه
لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن
برضاه واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح

وكذا ان يصالح لانه انظر للمعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال
حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة
الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه
وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل
وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس
بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود
من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف
القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو
لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهذا اولى قالوا القياس
ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود
متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف
فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه
في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له
يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه ومن قتل وله اولياء
صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا
ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال
حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما
غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب
لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت
لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال

العفو

العفو من الغايب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة ومن ضرب
رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه
الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح
فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن
ابي حنيفة رح اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح
وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان
واما اذا ضربه بالعود فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين ان شاء الله تعالى
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة
له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا
ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة
عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه
القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب
المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية ومن غرق صبيا
او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو
قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه
من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة
فاستعمالها امارة العمدية ولا مرد في العصمة وله قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش
ولان الالة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله
فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة
ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح

والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا الايجاب ثابتان في حلمة
الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وقد اومى اليه اضافته الى نفسه
واذا امتنع القصاص وجب الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه
واختلاف الروايتين في الكفارة ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل
صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه
في الظاهر فاضيف اليه واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا
احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب
الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف
المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان
في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام
من كثر سواد قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره
اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية
لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة
وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر
ان عند ابي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل
ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف
المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا
مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة
فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون
التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم

فصل

فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام
من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه
ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد
في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى معنى الوجوب
والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل
سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في المصر او نهارا في طريق
في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح
لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث لكن في الليل
لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق
لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا وان كان عصا لا يلبث
يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما وان شهر المجنون على غيره سلاحا
فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه
وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف يجب الضمان في الدابة
ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دفعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ
الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر
في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة
الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا
انه قتل شخصا معصوما واتلف مالا معصوما لحق المالك وفعل الدابة لا يصلح
مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا
لا يجب القتل بتحقيق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا
وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية ومن شهر
على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص

متعدياً اذا ضربه فانصرف لانه خرج عن ان يكون محارباً بالانصراف
فعادت عصمته ومن دخل على غيره ليلاً واخرج السرقة فاتبعه وقتله
فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل
دفعاً في الابتداء فكذا استرداداً في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان
لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر
من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة
فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع
من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف
بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية
المماثلة ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة
في القلع فان كانت قائمة وذهب ضوؤها فعليه القصاص
لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه
قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن
وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة
السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة
القصاص لما تلونا ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ
مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص
في عظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر
لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد
ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان وليس فيما دون النفس
شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل

هو الذي

هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف
الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون
النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافاً للشافعي في جميع ذلك
الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها
ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت
في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت
في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف
ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين
المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش ومن قطع يد رجل من نصف
الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار
المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط في الثاني وكذا البرء نادر
فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهراً واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع
شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة
ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملاً لان استيفاء الحق
كملاً متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي
اذا انقطع عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصاً
فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت
المؤوفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا لان حقه
متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط لفوات محله بخلاف
ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش
لانه اوفى به حقاً مستحقاً فصارت سالمة معنى ومن شج رجلاً فاستوعبت
الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء

وان شاء اخذ الارش كاملا لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيعابه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل
ولا يلحقه من الشين باستيعابه قدر ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير
كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير المشجوج لانه يتعذر الاستيفاء
كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي
تاخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى
لا يختلف ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه
اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض
وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع
القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه
لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض
ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها
لانه يتعذر اعتبارها **فصل** واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على
مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الاية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله
من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بينا
وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا
فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل
فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر
فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره فان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا
فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر
والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد وان كان القاتل حرا

وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دميهما على الف
ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما
واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط
حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والاصل في هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين
لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت
ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها
اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات
احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر
الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث
مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن
من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف
ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهاهنا واحد لاتحادهما
واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع
الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه
ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين
فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية
فيعتبر بما اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله
مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل
الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد واذا قتل
جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالا

عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص
مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر
اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد
قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب
للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسم الديات
بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته وله ان الموجود من الواحد
قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس
اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد
من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ
هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي تحقيقا للاحياء
وقد حصل بقتله فاكتفى به ومن وجب عليه القصاص فمات سقط
القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني
ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده واذا قطع رجلان
يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية
وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه
على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي تابعة لها
فتأخذ حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما
قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف
الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق
لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره
الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه
دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين

فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء
قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران
يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا
انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة
والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل
خلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل
وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر
واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي
لثبوت حقه وتردد حق الاخر واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء
فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا واذا اقر العبد بقتل
العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد
مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه
بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به
ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول
والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ
كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا
ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا
فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع
بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع
بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج

الا ان لا يمكن فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول
اما في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو
قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطائين يجمع بالاجماع
لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة فان كان قطع يده عمدا ثم قتله
عمدا قبل ان يبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء
قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع
ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر
اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة
في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين
يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى
لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب الدية
وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد
انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية
فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان
اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان ومن ضرب رجلا مائة سوط
فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ
منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي
الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر
على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد
انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته
وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار
الاثر في النفس ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع يده عن القطع



ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفى عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية
ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث
وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفي
عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفي عن الشجة
ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه
القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه
ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو
عنه عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفي عن الجناية فانه يتناول
الجناية السارية والمقتصرة وكذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق
وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفي
عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه
ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس
لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة
العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري
نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء
وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو
عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها
لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد
اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه
الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال
لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار
كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق
فيعتبر من الثلث واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات

فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا
ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث
منه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان
عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج
وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف
في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو
فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا
على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر
يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش
اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم
فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا قصاص
لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها وكذا لو تزوجها على اليد
وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها
مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل
على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه
لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا
كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان
خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا
تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع
المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح
في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة

لانهم

لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه
الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت
تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف
ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد
عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين ومن قطعت
يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط
القود وكمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف رح
انه يسقط حقه عن القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين
انه في القود فلم يكن مبرءا عنه بدون العلم به ومن قتل وليه عمدا فقطع
يد قاتله ثم عفى وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد
عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه
استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى
وما برأ او ما عفى وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار
كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى لا يضمن
الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع
وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له
ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه
يحتمل ان يصير قتلا في النفس بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو
او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لا يظهر لعدم الضرورة
بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فلانه

انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفى وبرأ الصحيح
على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء
فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف
فالكف تابعة لها عرضا فتخالف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه
ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس
ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى
حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه
في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح
افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان
القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل
لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها
والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرامي الى الحربي وفيما نحن فيه
لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب
الاطلاق فاشبه الاصطياد **باب الشهادة في القتل** ومن قتل
وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم
الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان
خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما
في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن النفس
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا
لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت
فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه طريق

الخلف

الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت
والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال
كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان
طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة
بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفى
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه
في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب
فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل
عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا فان كان الاولياء
ثلثة فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفى فشهادتهما باطلة وهو عفو
منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود
مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده
لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط
حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق فيغرم نصيبه وان كذبهما
فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل والمشهود عليه
ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا
انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه
مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما
في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما
المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه
لاقراره له بذلك ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان
والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل
لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه



وفي الجامع الصغير يغرم الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح صح

وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين او المشهود عليه
بنفي الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب
وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق الشاهدين في العفو
فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل
فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له
هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان
كذا هذا واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش
حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة
كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بينا والشهادة على قتل
العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا
صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا
انه ضربه بشيء جارح واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد
او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل
في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا
غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف
احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما
قتله بعصا والآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق
يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء
قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة
لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان
انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو
الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه
سترا عليه واولوا كذبهم في نفي العلم ظاهرا ورد باطل قد

في اصلاح

في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية
في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة واذا اقر رجلان
كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهد
على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا
بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما
وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول
من المقر له والمشهود له في الثانية غير ان تكذيب المقر له المقر
في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد
في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق
الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله تعالى اعلم

باب في اعتبار حالة القتل ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه
والعياذ بالله تعالى ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح
وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا
للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان
يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه
فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي
بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت او الفعل
وان كان عمدا فلا قود لسقوط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه
وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا
اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم
تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك وان رمى عبدا
فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال
محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع

لأن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينتقص قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير
قاتلا من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته
بخلاف القطع والجرح لأنهما إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان
للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير البداية مخالفة
للنهاية أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل
وإنما قبيل الإصابة فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف النهاية والبداية
فيجب قيمته للمولى وزفر رح وإن كان يخالفهما في وجوب القيمة نظرا
إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه ومن قضي عليه بالرجم فرماه
رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لأن المعتبر
حالة الرمي وهو مباح الدم فيها وإذا رمى المجوسي صيدا ثم أسلم
ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس أكل
لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر
الأهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية
بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان
إنما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الإحرام وفي الأول هو محرم
وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه
في أول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة
مؤمنة الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص
ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص والمقادير لا تعرف بالقياس
ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ولكونه كل المذكور على ما عرف
ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه

ولا يجزيه

ولا يجزيه ما في البطن لأنه لم يعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة
في الخطأ لما تلونا ودية شبه العمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح مائة من الإبل
أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي
ثلثون جذعة وثلثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها
أولادها لقول النبي صلى الله عليه وسلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر
وزيد رضي الله عنهما ثلثون حقة وثلثون جذعة ولأن دية شبه العمد
أغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الإبل
وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن مسعود
رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض
ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه فإن قضى
بالدية من غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة
والكفارة على القاتل لما بينا من قبل والدية في الخطأ مائة من الإبل
أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود
وأخذنا نحن والشافعي به لرواية أن النبي عليه السلام قضى في قتيل
قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة
الخطأ لأن الخاطئ معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون
مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين ألف دينار
ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بذلك
ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل

بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي انه قضى من دراهم كان
وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك وقالا يثبت الدية الا من هذه
الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم
الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا
جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية
وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير
بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل
انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير
بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما ودية المرأة
على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه
ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي ما دون الثلث
لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر
النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا
بها وبالثلث وما فوقه ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي
دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم
وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام
عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي
ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة
آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رض
وما رواه الش فلم يعرف رواية ولم يذكر في كتب الحديث
وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه
وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه
ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا
هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رض
والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه
وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول
في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع
المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد
على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة
وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم
على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر
يجب وقيل ان قدر على اداء الاكثر تجب حكومة عدل لحصول الافهام
مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر
انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء
والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي
هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل
في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له وفي العقل اذا ذهب
بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه
ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد
منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات

في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر وفي اللحية
اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وفي شعر
الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيهما حكومة
عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله
واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال
وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين
وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره
بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية
العبد فعن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر
ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر
وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض
اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة
فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر
من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة
عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه
ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت
حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب
على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب
شيء في الحر لانه زيده جمالا وفي العبد يجب حكومة العدل لانه ينقص
قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه
ويستوي الخطأ والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية
وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي يجب حكومة عدل

وفي

وقد مر الكلام فيه في اللحية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية
وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين
الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام قال
وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام
لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية
ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة
او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس
المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثدي الرجل
حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال
وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك
اللبن وفي احدهما نصفها لما بينا وفي اشفار العينين الدية وفي
احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب
مجازا كما ذكر محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة
في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة
وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها
ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده
منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية
واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال
وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام
في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة
وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع كلها

سواء لاطلاق الحديث ولانهما سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه
كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة
المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فيقسم الدية عليها اعشارا
وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان
ففي احدها نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى
الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس
سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها
سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات
ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت
والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت
الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت
جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء
القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد
اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله
كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي
التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الجلد والموضحة
وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة
وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس
وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا

لما روي ان النبي عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي
السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص ولا قصاص في بقية الشجاج
لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق
الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقال محمد رح
في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها
بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء
القصاص وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر
ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن
عبد العزيز رح وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة
عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية
وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية
لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى
المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن
ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية
ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن
والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا اوجب
في النافذة ثلثي الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال
هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه مروي عن ابي يوسف
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى
الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب
لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس

لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة
في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر
وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص
بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة
والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان
فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر
فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق
فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف
البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم مملوكا
بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر
فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر
ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية
على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع
تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف
ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما
نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة العدل
وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل
فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة
نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع

ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع
فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا
للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع
ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه
عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي
حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر
ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل
شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه
فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا
لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل
والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار
الواجب ولو كان في الكف ثلث اصابع يجب ارش الاصابع
ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها
قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء
من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا
وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال
الشافعي يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن
والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم
صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال
وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام
وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر

بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم
البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه
دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء
فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء
من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال
زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره
او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة رح
وابي يوسف وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام
ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كل واحد منهما جناية فيما
دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف
العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني
ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به
وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص
في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا
في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين ومن قطع
اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها
لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى
وفيما بقي حكومة العدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي
ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال
اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي
لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار

كما اذا شجه منقلة فقال انا اشجه موضحة واترك الزيادة ولهما في الخلافية
ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما
لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره
فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء
بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما
بالاخر فاورث نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين
على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا وزفر
والحسن يقتص من الاول وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى وهو
ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل
بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية
الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية
ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص توجب القصاص
كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب
البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها
ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى
فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص
الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتأكلتا فهو على
ما بينا ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش
في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت

والحي ونبته نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى
فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه
لم تفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل
لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها
ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق
لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت
عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع
فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى
بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان
ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك
تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول
ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء
كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب
انسانا سنه فتحرك يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط
بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما
اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول
قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه
ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان
القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه
يجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى





ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله
ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو اخضر او احمر ولو اصفر فيه روايتان قال
ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة
لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة العدل
لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد يجب
اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه
اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم
الا بالعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب
رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه الارش معناه اذا بقي اثر الضرب
فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع
يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية
من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية فانها بدل النفس بجميع اجزائها
فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص
منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا
لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات
سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال
غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء
وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب
بالصلح فهو في مال الجاني لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث
وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه
شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع
قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي

يجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف
في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه
حال فلا ينجبر بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطا
وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل
والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به موجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما
الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل
جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق
العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطا وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية
موجبها خمسماية فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد
حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه
احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكم الآخر وهو الوجوب في ماله
ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال
عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف
ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان
الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة
ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية
قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية
المراة وكل منهما خمسماية درهم والقياس ان لا يجب شي لانه لم يتيقن

بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسماية ويروى
او خمسماية فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستماية نحو مالك
والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسماية درهم وقال مالك
في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه
بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي
من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسماية
وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا
يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال
بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الغرة على العاقلة في سنة ولانه
ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو
من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث
وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية
او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل
جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى
لاطلاق ما روينا ولان في الحي انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني
الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسماية
فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق
وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت
الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام
ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية
في الام ولا شي في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته

موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام
احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك
قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرث
الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب
غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال
وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته
لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان
الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان
الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين
فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان
لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل
الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فصح الاعتبار على اصله وان ضربت
فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية
وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق
فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه
وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند
محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق
قاطع للسراية على ما ياتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين
وقال الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا
ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة
فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه
ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل ويستغفر مما صنع والجنين
الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام

لاطلاق

بلغ

لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس
وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم
فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق
الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس
ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان
له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث
غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع
به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما هو في معناه
اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي
ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم
ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر
الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول
الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل
عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم
ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا
او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه
سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان
وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا
اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع
على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه
عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في الحائط
رجل فقتله لا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه

ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا
فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم
من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصاب الطرفان جميعا وعلم
ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان
ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو شرع
جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب انسانا فقتله او وضع خشبة
في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب
بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال
ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه
لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه
لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته
وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج
الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان
عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار
وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل
في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان
على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع
فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه
وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا
اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد
او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات
السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق

عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به
لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش
لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا
للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه
بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن
لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان
ما عطب على الآمر استحسانا كما اذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته
فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا
ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر
ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف به انسان
فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن
ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة
في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر
والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه
انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه
انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق
فتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه
غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه
لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل الثاني
موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق
فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد
حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان

بغير اذنه فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام
او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع الفعل
في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان حفره
في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له ذلك
لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان
له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا
بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا
صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحافر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع
وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر
ضامن لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر
وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع
اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استأجر اجراء فحفروها له
في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا
انه في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه
لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها
ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر
لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع
للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد
منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه
وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس
بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي
وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء

فيا

قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه
من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان
فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل
الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها
فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك لو وضع خشبة في الطريق
فتعمد رجل المرور عليها فلا ضمان عليه لان الاول تعد وهو تسبيب
والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشرة اولى
ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي
قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به
فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء
قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل
الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد
بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج في التقييد
بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة
فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد
للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة
فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة
ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة
كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق
ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام
واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها

غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة
اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق
فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب
رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا
لقراءة القران او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او نام
في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف
واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف
لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة
الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة
او لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن
كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء
ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا
مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا عزو ان يكون
الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر
والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره
والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة
فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة
وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد
من المسلمين ان يصلي وحده والله اعلم

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه
بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط

ولا عزو اي ولا عجب قال القائل
لا عزو ان احرقت نار الهوى كبدي
فالنار حق على من يعبد الوثن
عيني

ضمن

ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه
مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه
والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد
وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل
هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب
بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع
ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع من التسليم اذا طولب
حتى يضمن اذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه
بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان
يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به
ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع
هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع الضرر العام ثم ما تلف
به من النفوس يجب فيه الدية وتتحمله العاقلة لانه في كونه جناية
دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي الى الاستيصال
والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض
يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه
وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته
عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول
الرجل اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا
ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بني
الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد
لان البناء تعدى ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين
او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط

الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد له من امكان النقض ليصير تاركا
جانيا وتستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء
في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان
او مكاتبا وتصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ
فينفرد كل صاحب حق به **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى
الدار خاصة لان الحق له على الخصوص فان كان فيها سكان لهم
ان يطالبوه لان المطالبة لهم بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل
هواها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك سكانها فذلك
جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال
الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة
المسلمين وليس لهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه
وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه
وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع
ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه
لم يشهد عليه بعد شرائه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه
التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل
من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح
التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار
ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي
والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات
والضمان في مال اليتيم لان فعلهم كفعله والى المكاتب لان الولاية له
والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له
ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا

فهو على عاقلة

فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال
يتعلق بالعبد وضمان النفس بالمولى وتصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه
وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه
وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد
فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء
لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه و
الاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب
بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ
اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها **قال**
وان كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلثة
فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية
على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على عاقلته
في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب
من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما
في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل
بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك
ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان
كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك
بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت
ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها قال الراكب ضامن لما
اوطئت الدابة او اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت

او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل
ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف
في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه
لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير
فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز
عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن
النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة
فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وان اصابت
بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا
ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن
لان في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى
عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف
الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال
فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن
لانه من ضرورات السير فلا يمكنه التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك
لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير
ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف
لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير
لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها
او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد

النفحة

النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض
المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز
عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح
وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا
وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف
القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير
وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة
فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته
الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء
الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له
فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل
منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث
والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان
راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى
وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم
فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر
والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي
عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد نصف دية صاحبه

ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه
وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح
كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا
فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف كذا هذا ولنا ان الموت
مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق
فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر
ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا
لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره
وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية
فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسئلة الفعلان
محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد
والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت
برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى
فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى
ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ
يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول
الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل
ابي حنيفة رح ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي
فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل
ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد
لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول
وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر
ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة

فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه
وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو
ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد
لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل
فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ
بعير انسانا ضمن القائد والدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار
كالسائق وقد امكنه ذلك فقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب
بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه
وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد
الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق
في جانب من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب
بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق
لانفصال الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط
رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة
القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة
كان متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون
بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب
الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما سبب لان الربط من القود
بمنزلة التسبيب من المباشر لاتصال التلف بالقود دون الربط
قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به
لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط
والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا
ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا

فاصابت في فورها يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا
وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق
فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة
وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن
سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها
ولا تصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا
ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع
ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف
انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه
وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها
فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها
ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن لها طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال
في الاصطياد ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود
المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فيقطع حكم الارسال
وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه
من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي
فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي
ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت
يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت
مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام
العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم
ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب

فقئت

فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان
وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل
والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي
ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل
فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكول
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي
النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل
فكانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احديها ومن سار على دابة
في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها
او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركوب مدفوعان
بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس
متعد في تسبيبه والراكب غير متعد في فعله فيترجح جانبه في التغريم للتعدي
حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب
والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس
كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب
فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه
الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان
ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس
والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني
مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب

كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه
امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر
ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب
فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها
في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق
ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب
وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط
او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة
كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات
فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا
ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره
وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس
ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها
فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون
على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله
سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم ان الناخس انما يضمن
اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا
لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي
السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها
رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس
وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان صبيا ففي ماله
لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق

فنفح



فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل
الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم باب جناية المملوك
والجناية عليه قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه
بها او تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي
المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة
مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب
على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل
عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين
ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية
على الادمي في حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استئصاله
والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل
في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي
لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر
وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع
والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل
غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد
لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة
بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد
في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها
وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند
اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع
وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه

فهذا أوجب حالاً كالمبدل وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره أمّا
الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلّى بينه وبين الرقبة سقط وأمّا الفداء
فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له فإن لم يختر
شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيّناه
وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق عن رقبة العبد إلى ذمة
المولى قال فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الأولى ومعناه
بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية
قال فإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين
يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما لأن
تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة
ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى
أن لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما وإن كانوا
جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم
لما ذكرنا ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثاً لأن أرش العين
على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى أن يفدي
من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لأن الحقوق
مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول
العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع
إلى الآخر لأن الحق متحد باتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق
يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال
وإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها
وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش لأن في الأول فوّت
حقه فيضمن وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم

وفي الثاني صار مختاراً لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار
منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد
لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الإقرار على رواية
الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه
وليس فيه نقل الملك لجواز أن الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع
وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع وإطلاق
الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق
البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان
الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال ولو باعه
بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه لأن الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة
لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختاراً ولو باعه مولاه
من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض
وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق
المولى فيما ذكرنا لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر ولو ضربه فنقصه فهو مختار
إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه وكذا إذا كانت بكراً
فوطئها وإن لم يكن معلقاً بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم
وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق
وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط
ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر وكذا بالإذن في التجارة
وإن ركبه دين لأن الإذن لا يفوّت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا
أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى
فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً أو رميته
أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك وقال زفر لا يصير

مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجودها وبعد الجناية لم يوجد منه
فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط
ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث
في يمينه بذلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط
ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى
ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء
الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق
ثلثا فمرضت حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا
بعد وجود المرض بخلاف ما اذا اورد لان غرضه طلاق او عتق
يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه
ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر
انه يفعله فهذا دلالة الاختيار **قال** واذا قطع العبد يد رجل عمدا
فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح
بالجناية وان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا
عنه ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع
باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص
بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب
وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل
لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم
بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه
على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم
على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا
عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح

وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه
عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى
والاولياء على خيرتهم في القتل والعفو وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل
عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات
من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع
يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث
لا يجب القصاص هنالك وهنا قال يجب قيل ما ذكر هنا جواب القياس فيكون
الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه
ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر
فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى
لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث
صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه
اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل **قال** واذا جنى العبد المأذون
جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان
قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد
منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد وهو الدفع للاولياء والبيع للغرماء
فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة
بان تدفع الى ولي الجناية ثم تباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما
اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى
الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق
لانه دونه وهنا يجب لكل منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران
فيضمنهما **قال** واذا استدانت الامة المأذونة لها ثم ولدت فانه

يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق
ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء
فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع
في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال
واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية
على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة
قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال
الرجل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه
اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف
رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما
اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري
وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا
كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها
وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه
منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة
منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء
القائم امر برده لانه اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها
وهي منكرة والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره

فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها
وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده
الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن
مالها لو اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء
المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت
مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية
للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة
الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل
ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما
لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة
الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي
لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر
عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء
ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل
من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان
القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ
اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال
واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي
كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة
الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم
في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف

وبقي النصف قال كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد
فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف
من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان
حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها
خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه
دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة
وقالا يدفعه ارباعا ثلثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لغير العافي من وليي
العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ
بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف
فلهذا تقسم ارباعا وعنده تقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا
لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب
هذا بالكل وذاك بالنصف ولهذه المسائل نظائر واضداد
ذكرناها في الزيادات واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما
قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي
عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ
فقتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول
محمد مع ابي حنيفة رح وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان
فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة رح ومحمد وعند ابي يوسف
الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية
لابي يوسف في المسئلتين لان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل
الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا انقلب
مالا يكون على هذا الوجه ووجه قولهما ان القصاص كان واجبا
لهما فاذا عفا احدهما ينقلب نصيب الآخر مالا وذلك نصف الدية

لكن شائعا في كل العبد فما اصاب نصيبه سقط وما اصاب نصيب شريكه
وهو العافي ثبت فصارت جنايته موجبة ربع الدية فيفديه بذلك
او يدفع ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو اوجبت كل
الدية لوجب دفع كل العبد ووجه قول ابي حنيفة ان حق كل واحد منهما
في القصاص في نصيب العبد لكن غير متعين لان كل النصف يصلح محلا للقصاص
سواء كان ذلك النصف نصيبه او نصيب صاحبه او شائعا في النصيبين
فاذا انقلب نصيب الذي لم يعف مالا انقلب في محل القصاص فيكون
غير متعين ايضا فعلى تقدير انه في نصيب نفسه بطل جميعه وعلى تقدير
انه في نصيب شريكه ثبت جميعه وعلى تقدير انه ثبت نصفه شائعا
من النصيبين ثبت نصفه وبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك

فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم
فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا
عند ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمتها بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت
بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك
العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد
وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب
ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا
وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان
مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى
عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد
الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن

القصاص بدلا عن المالية فكذا اجزاء الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة
الآدمية الا انه لا سمع فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر
مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين
العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته
لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص
هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر
من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه
وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا
ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبده فاعتقه المولى ثم
مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص من القاطع
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع
ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب
القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب
عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر
الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل
الاشتباه لان الملكين في الحالين يختلف بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل
وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح
الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو
ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه
الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار
الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال
لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية
بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف
الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا
لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك
النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق
وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار
حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون
للميت لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه
اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار
ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه
فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح
يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق
لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول
كالجواب عند محمد في الفصل الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر
ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل
في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما
رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه
اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء
في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا والمقتول
واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما
حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول

لانه لا يقصد في بدنه وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثباتا له ولا نقل
من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف
فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقا عيني عبد فان شاء المولى دفع
عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ
قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان
مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقا
احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة
في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا
كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا
للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية
وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع
احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة
ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي
قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا
ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك
الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع
يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية
لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى
ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان
يتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته
ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر
على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد
من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم
وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر
من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل
والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف
القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع
والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة
لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك
لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد
في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى
جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء
عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء
فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية
موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء
ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي
الاولى ضامن لقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه
ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه
يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق
التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان

انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة
واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية
الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على المولى والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه
رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده
في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق
ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة
سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت
السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف
وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال
واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان
المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده
على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى
بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء
فيصير متلفا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد
على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب
قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل
بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب
قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له
لان الذي يرجع به على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى
فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى

في حقه

في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا
من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى
بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال
وان كان جنى عند المالك فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى
قيمته بينهما نصفين ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول
غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد
الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول على قول محمد ثم وضع المسئلة في العبد
فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان
المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة
فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه
فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول
ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا
الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال
ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده الى المولى ثم غصبه ثم جنى
عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير
فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بالقيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا
في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند
وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال
ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له
ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية
لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه

ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق
لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما استحق الولي بالجناية الاولى
لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا تكرر الاستحقاق
اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها
في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا
فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة
او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس
ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر
لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا
كان الصغير حر رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب
ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة
او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل
مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ المولى فيضاف اليه
لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق
بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن
حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن
وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع
صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي يضمن
في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه
لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به
بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا
الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح

فاصر

في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة
سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر
وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما
اذا كانت الوديعة غير العبد وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة
ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه
وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد
مانعه فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ
ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ
والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة
عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه
غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع
في يده المال دون غيره قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير
ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد
والله اعلم

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له
قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا
ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال
مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو احد قولي الشافعي
واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر
يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول
ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا
غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي وان حلفوا لا دية عليهم للشافعي
في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون

انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعى
اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص
لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي
بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان
اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق
ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة
وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين
حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة لما
ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين
النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم
بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز
لانه يمين وليس بشهادة قال فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية
ولا يستحلف الولي ولا يقضى له بالجناية وقال الشافعي لا تجب
الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه
يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه
لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل وكذا في حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر
رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام يبرئكم اليهود محمول
على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له القصاص
والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص
بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة

عن القصاص

عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل
بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ
ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما
لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين
بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل
الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا
اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون
عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك
الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وكذا الجواب في المبسوط
وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة
والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا
يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباها لاحتمال
وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب
الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس
وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب
القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى
ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم
لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها لاوجبناها بالقياس وهو ممتنع
ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلف
يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس
ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان
في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى قال وان لم يكمل
اهل المحلة خمسين كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي

ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا
فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح
والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن
ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم
فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك
لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة على صبي
ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال
ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها
وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل
في العرف من فاتت حياته بسبب مباشرة الحي وهذا ميت حتف انفه
والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم
فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون
به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان يخرج الدم من عينه
او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج
من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة
بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف
البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس
او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه
بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي
بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة
ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس
واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان

بحال

بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال
لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة
الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين
او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا
وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية
عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء
عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل
فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره
وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم
فصار كما اذا وجد في دارهم وان مرت دابة بين قريتين وعليها
قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد
بين قريتين فامر ان تذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه
في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين
قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة
وقيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان
بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد
القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية
على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان
في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف
هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى
الا يرى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا
سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المخصوص بنصرة البقعة دون
السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت



ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم
على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون
المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق
يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما
ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل
والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك
على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك معناه من اهل الخطة
لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم وان وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر
عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة
لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة
لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم
صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وان وجد القتيل في دار مشتركة
نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان
صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ
والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى
دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان
في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه
خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير

في الحفظ وانما يجب على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد
بالملك ولهذا كانت الدية في هذا على عاقلة رب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار
يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد دون
الملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك
دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار
لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري
والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده
مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ
قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد
الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل
العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي
لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة
فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم
واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان
وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذلك العجلة
وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل
وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار
لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير
فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة
فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق

ان كان مملوكا فعند ابي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن
مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها ففي بيت المال لانه لجماعة المسلمين
ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة
على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم
وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب
لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود
اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف
فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة
فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان
بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالقسامة والدية على عاقلته
وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد
في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه
وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير
الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع وهو كالموضوع على الشط
والشط في يد من هو يقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء
ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص
اهلها بالقيام بحفظه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى
الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه
وذكرنا فيه القياس والاستحسان وان ادعى على واحد من غيرهم
سقط عنهم وقد بيناه من قبل ووجه الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم
دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانهم بخلاف
ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون

اذا كان

اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم
ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي
فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال
واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم
والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه
فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة
ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذي رويناه لكن تسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها
فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها القسامة وان كان خارجا
من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان
القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر
ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان
للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف وقد ذكرناه واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلته
ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله
فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين
فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد شاهدان من اهل المحلة
على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة وقالا
تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى
الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل
قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل
شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية

بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين تتخرج كثير من المسائل
من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان
من اهلها عليه لا تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه
والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود
يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا
القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي
حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار كما اذا
لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا
وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل
ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه
جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن
الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده
بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين
فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته
لورثته عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه
لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا
وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية
من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم
بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت
الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين
كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف

يضمن

يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان قتله الآخر
فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه
فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيلا في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة
فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب
القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة
انما تجب على من كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهلها فاشبهت
الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة قال
المتأخرون المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها
قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب
قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه
احق بنصرة ارضه من اهل القرية **كتاب المعاقل** **قال** المعاقل جمع
المعقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك
قال والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة
والعاقلة الذين يعقلون اي يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات
والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك
قوموا فدوه ولان النفس محترمة ولا وجه الى الاهدار والخاطي معذور
وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه
وفي ايجاب مال عظيم عليه اجحاف واستئصال فيصير عقوبة فيضم اليه العاقلة تحقيقا
للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة
فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به **قال** العاقلة اهل الديوان
ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين
واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان
وهذا عندنا وقال الشافعي على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي



ولا نسخ بعده ولانها صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه
فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير
معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف
والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله
اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها
فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين
مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء
للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا
في اكثر من ثلث او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا
للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
ثم خرجت بعد القضاء لا يوخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين
ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يوخذ منها
كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها
في سنة واذا كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس او اقل كان
في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية
وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة
من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين
وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف
لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس ياباه والشرع ورد به
مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجل خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث
سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين

من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة
بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن
من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل
قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة
وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة
الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد على كل واحد
من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد
في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح وان لم يكن
يتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف
ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام
ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة
وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا
حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات
يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام
لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار
فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم
عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا يوخذ
من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة
الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة
من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق
يوخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر

وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر
يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار
الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر
بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر وعطية في كل سنة
فرضت الدية في العطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان العطية اكثر
او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والعطيات ليكونوا
في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدى كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة
غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل
في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك
ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له
حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي
ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس
لا يتناصرون بالنساء والصبيان ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف
عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما
من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار
انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء
للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن
ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان
على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب
في السكنى فاهل مصره اقرب من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل
سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم

فيعقلونهم

فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة
وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه
والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة
والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب
على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل
المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر لم يشترط ان يكون بينه
وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل
المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر
ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب
اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا
لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة
على النصرة لهم فصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي
نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون
من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم
لانه لا ينتصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون
بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام
الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله
في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب
على القاتل وانما تتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد
بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه
يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه

من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر
كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت
ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا
عن ابي يوسف لعدم التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها
عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته
من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية
عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل
الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء
لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب
على القاتل وتتحمل عنه عاقلته فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته
عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل
بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطاياه بالبصرة لانها تؤخذ
من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء
عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال
حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان
فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له
عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة
ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم تنتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق
بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل
البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء
حيث تصير الدية في عطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم

لانه

لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم
غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا
من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان
القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال
القضاء الاول لكن يقضي ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق
قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه
ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد عرف في الولاء ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر
الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس
رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة
وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف
ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال
وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل
والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب
شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب
ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات
فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال
بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة
العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر
بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال
الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية
على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوه الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه

بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي لان المؤجل من وقت القضاء
في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل
وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة
وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن
عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر
حصته لانه في قدر حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال
واذا جنى الحر على العبد جناية خطأ كانت على عاقلته لانه بدل النفس
على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال
عنده فلهذا اوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد
لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف
وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل
اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم
اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان
ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة
رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل
لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف
على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقل
عنه عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه
ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب
في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب
لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب
لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر

من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون
عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء
له ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت
الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب
وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون
عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي
الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة
وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي
بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق
التيسير قال رضي الله عنه هاهنا مسائل ذكرها محمد رح متفرقة
والاصل الذي يتخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل
من ولاء الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها
او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت
الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وكذا لم يختلف حال
الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء
فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي
بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية وان كانت العاقلة
واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء
وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج
فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها
لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها

بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة
الناس اليها فان الانسان مغرور باملة مقصر في عمله فاذا عرض له
المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط
بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انهضه البرء يصرفه
الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة
بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز
والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى
بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق
عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث
شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث
من غير اجازة الورثة لما بيناه وسنبين ما هو الافضل فيه قال
ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه
الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق
الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال
فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب
بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة
لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه
وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة
على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته
وهم كبار لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولا معتبر باجازتهم
في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان
لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت
الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر

انه

انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى
وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق
فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضى ببطلان الحق
لا يكون رضى ببطلان الحقيقة وكذلك اذا كانت الوصية للوارث
واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه
المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث
والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع
وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن
قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا
لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى
فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي يجوز للقاتل وعلى هذا
الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده
لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية
والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها
يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل
كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله
تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى
البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث
الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت
لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت
بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه
وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه

لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة
ويروى هذا الاستثناء عما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم
ولو اجاز بعض الورثة ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل
في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم والثاني لانهم بعقد الذمة
ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحيات فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم الآية قال وقبول
الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيات او ردها
فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر
قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون
الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب
بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة
ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت
الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة
على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء
او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي
والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى
وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة
او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا
لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل
منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية

ولنا



ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد
عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة
حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال
الا في مسئلة واحدة وهي ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول
فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا
ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب
البايع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ
من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين
يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين
فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه
الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها
قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير
لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم
ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره
ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح
وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا
وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر
النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق
فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا
اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا
اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا او تعليقا

كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة
والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب
وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح
وعندهما تصح ردا الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل
فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال وتجوز
الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية
اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله
والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد
بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه
ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده
وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود
كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا
ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها
ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل
ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي
الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد قررناه
في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح
ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل
عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار
فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير

ينقطع



ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددناها لافاعيل
في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين
الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي
والقطن يحشو به والبطانة لانه يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن
تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته
بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل
تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها
ثم اشتراها او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله
كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة
فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان
من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد
الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف يكون رجوعا
لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون
رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك
واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي
ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة
ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان
فهي حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل
بخلاف ما اذا قال هي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها
لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال
تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان
كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى
به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها

وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون
وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى
فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات
قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث
ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانه يضيق الثلث
عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا
في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة
فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث
بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث
عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل
بينهما فصار ثلثة اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى
لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة
عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح
للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع
الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة
واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة
من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن
الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع
الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان
في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه

وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب
بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق
تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية
وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين
ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن
ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره
وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال
والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس
سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد
عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد
على الثلث الا ان يجيزه الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة
عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث
فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس
هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام
فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة
عبارة عن السدس وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى
ما ذكرنا قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى
بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير
غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم
البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس
آخر ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه
ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس

باب الوصية بالثلث

وصية بثلث ماله لزيد ومثله لآخر ولم يجيزوا ينصف ثلث بينهما وبثلث له وسدس لآخر يثلث الثلث بينهما وبكله له وثلثه لآخر ينصف وقالا يربع قال ابو حنيفة الوصية باكثر من الثلث اذا لم يجزه الورثة قد وقع باطلا فكأنه اوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما وقالا انما بطل الزائد على الثلث بمعنى ان الموصى له لا يستحقه لكونه حقا للورثة لكن يعتبر في ان الموصى له يأخذ من الثلث بحصته فذلك الزائد لا يوجب لابطال هذا المعنى فمخرج الثلث ثلثه فالثلث واحد والكل ثلثه صارت اربعة فيقسم الثلث بهذه السهام فهذا مبني على اصل مختلف بينهم وهو قوله ولا يضرب الموصى له باكثر من الثلث عند ابي حنيفة رح المراد بالضرب الضرب المصطلح من الحساب فانه اذا اوصى بالثلث والكل فعند ابي حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف فيضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع في ثلث المال فالربع في الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلثة من الاربعة وهي ثلثة ارباع فيضرب ثلثة الارباع في الثلث ليعني ثلثة ارباع الثلث وما بقي لصاحب الثلث هذا معنى الضرب صدر الشريعة

وقد تحير فيه كثير من العلماء الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة

قوله ينصف لانهما يستويان في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما فيكون بينهما درر

قوله فيقسم الثلث بهذه السهام بان يكون الربع من الاربعة لصاحب الثلث وثلثة الارباع لصاحب الكل وذلك لانه اجتمع ههنا وصيتان وصية بالكل ووصية بالثلث فيجعل اصل المسئلة ثلثة لاحتياجنا الى الثلث فالموصى له بالجميع يدعي كله وهو ثلثة والموصى له بالثلث يدعي ثلثه وهو سهم فيعول الى اربعة فينقسم الطريق المذكور سمرقندي

لان الثلث والكل شيئان فسهامهما في الوصية اثنان ولا يعتبر كون مخرج الثلث ثلثة لان الاعتبار بالثلث فقط عند ابي حنيفة اما عندهما فيعتبر اصل المخرج وهو الثلثة في هذه المسئلة ولهذا صارت القسمة بالارباع عندهما سمرقندي

اي يضرب نصف سهام الوصية في ثلث جميع المال الذي هو الثلثة في هذه المسئلة لوجود مخرج الثلث فيها فلا احتياج الى الزيادة التي بطريق العول فاذا ضرب النصف في الثلث يكون نصيب كل واحد نصف الثلث وهو سدس الثلثة فيكون احدهما سهما وبالاخر في حصته من الثلث وهذا معنى قوله فلكل سدس المال سمرقندي

قوله وهو الربع فالمسئلة من اثني عشر فيكون لصاحب الكل ثلثة والثلث ربع اي عشر ...

اي الربع من سهام الوصية ... لصاحب الكل ... لصاحب الثلث سمرقندي

مالي للقران فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال
والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال
ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو
يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان
كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة
ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس
الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه
جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم
كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقدما
قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت
الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة
الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة وفيه
ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي
وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر
على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع
وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال
ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال دين وعين فان كان الالف يخرج
من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه
من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما
خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك
الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا
على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا

عند

عند الاستيفاء وانما يعتدل النظر فيما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو
بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف
انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض
للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان
راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت
كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما
نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت
كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث
قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له
ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما
بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت
لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له
بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية
باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية
تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد
ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لان الوصية لو كانت بلفظ المال
تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت
فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له
غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية
بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه
الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها
تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه

شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة
لانه لما اضافه الى الغنم علم ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم
بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال
ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين
فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله
ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان
وفسرناهما في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان
نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد
ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس
وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل
فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة للثلث
ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين
له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين
بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال
لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة
وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد
ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين ثم قال
لاخر قد اشركتك معهما لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت
المالين فحملناه على مساواته كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ
بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه
قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس

ان لا يصدق

ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه
على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم
باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية
جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا
فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب
الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة
وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى
وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر
الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز
يصح اقرار كل واحد بما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب
الوصايا صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق
التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين
فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا
لاقرار كل فريق في حق قدره وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى
المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث
لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني
بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح
مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة
فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر

بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية
انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما وفي الاقرار
اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته
بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف
لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث
ان يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه
الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما
ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلثة اثواب
جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى
ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول
الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق
مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم
الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون
لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث
الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب
الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا
ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين
لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء
هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد
وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق
صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين
فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم قال فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع
البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف
البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة
فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي
هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه
ثم اذا اقتسموها ووقع في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به
وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف
البيت تنفيذا للوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به عند
فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف
ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية
تبطل بالاقدام على البيع ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر
ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل
وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر
ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى
المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا
يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء
وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه
اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير
تحصيل المقصود ما امكن الا ان يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا
بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير
او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار
الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المراة باول ولد تلده
امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي

ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة
اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة
وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت
وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما
فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة
ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه
لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بتسليمه الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ **قال** ومن اوصى
من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى
فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف
على اجازته فاذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمنع التسليم
بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان
الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق
الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي **قال** واذا اقتسم
الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له
بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس
ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن
اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف
وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما
فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره
لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه

اما الموصى

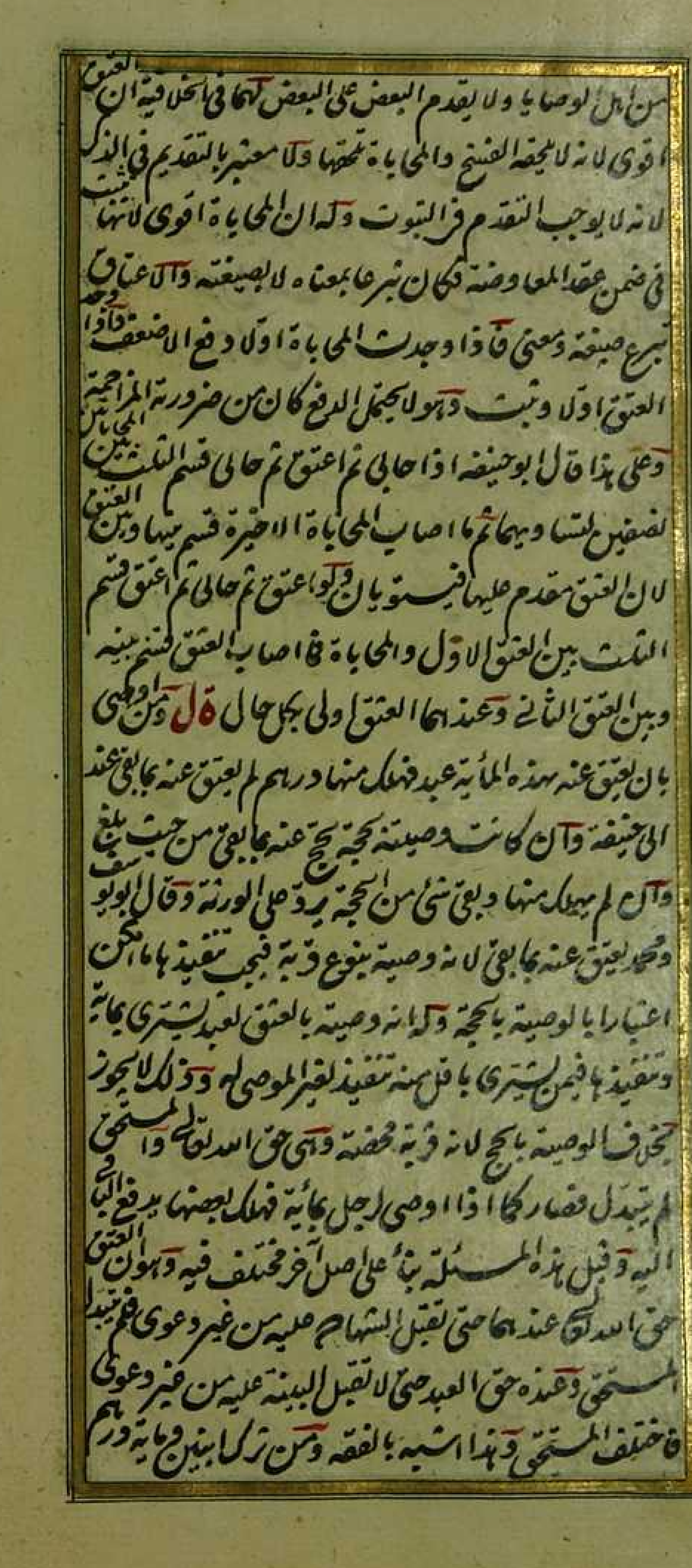
اما الموصى له بالثلث شريكهما للوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة
مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ
نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث **قال** ومن اوصى
لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث
فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان
متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت
حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له فان لم يخرجا
من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف
ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه
من الولد وفي الجامع الصغير عين صورتها فقال رجل له ستمائة
درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت
ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد
عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل
في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع
والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام
اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما
جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع
لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه
الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض
ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا
هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه
نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل في اعتبار حالة الوصية**
واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها

ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه
وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين
اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف
الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث
والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت
حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق
وعند عدم الدين تعتبر من الثلث **قال** واذا اقر المريض لابنه بدين
وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل
ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما
ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن
سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة
الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة
حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت
قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره **قال** وكذا لو كان
الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار
ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه
دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر
فيها وقت الموت اما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال
وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية
فلا تصح **قال** والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول
ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد
صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب
فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك

ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف
منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله
جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض
النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب
مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت
وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به
وكذلك ما ابتداه المريض ايجابا على نفسه كالضمان والكفالة
في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان اوجبه في حال الصحة اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد
وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو
من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه
فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله **قال** فان حابى
ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله
وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل
فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها
يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق
الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي
في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم
العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي
وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهم



من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض كما في الخلافية ان العتق
اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر
لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت
في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد
العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة
وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين
نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق
لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم
الثلث بين العتق الاول والمحاباة فما اصاب العتق قسم بينه
وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى
بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند
ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ
وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف
ومحمد يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
اعتبارا بالوصية بالحجة وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة
وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز
بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي
اليه وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق
حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل
المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه بالفقه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم

وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان
ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية
وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع
لحقهم وقد اسقطوه وكذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى بعتق عبده
ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح
لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه
يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا
خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته
فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت
الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية
قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت
اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الورثة اعتقه
في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل
من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له
يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة
ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال
فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا
للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث
شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات
حقه قال ومن ترك عبدا فقال الوارث اعتقني ابوك في الصحة



وقال له رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقت فان العبد يسعى
في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين
والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا
كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق
دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار
بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته
ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان
فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه
لا مانع من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد
العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا
فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم
فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي
عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت
الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات
لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم
فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث
لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة
ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية
عنه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا
في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى
ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان
الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها

من القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة
في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها
بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق
على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض
الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي
لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا
ما كان لله وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب
الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة
لانه ان كان المقصود بجميعها رضى الله سبحانه وتعالى فكل واحدة
في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال
ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب
عليه الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية
لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا
فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر
بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد
تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى
من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه
يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر وقال ابو يوسف
ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات
الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة
وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ

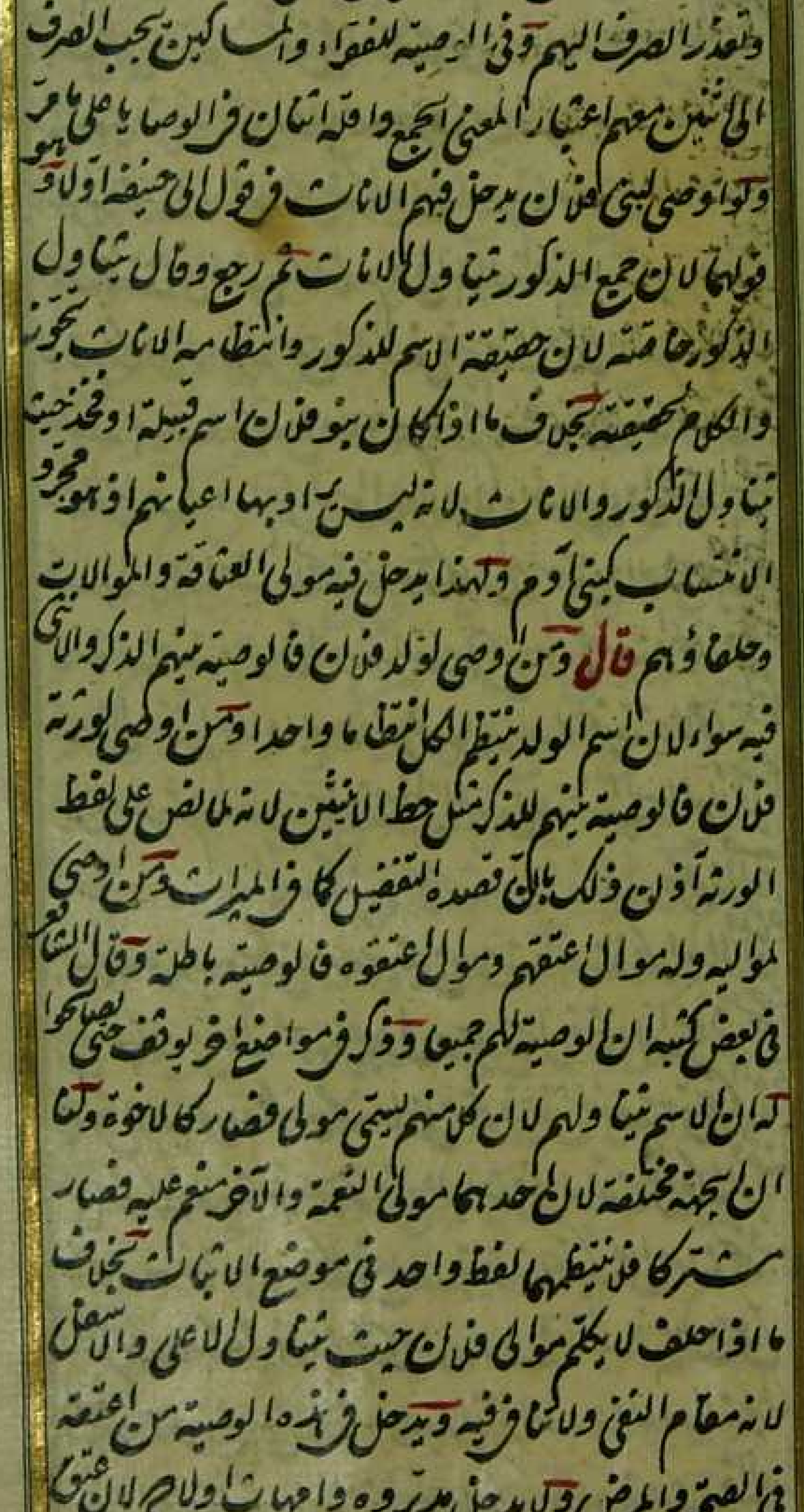
في تلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة
فيحج من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه
اداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة
وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة
حقيقة ولهذا استحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى
الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء
كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار
المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران
فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك
عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما روي
فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى
والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن
عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو
غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم
من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك
من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام
وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رح وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم
من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان
الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق
رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كان في عدة من طلاق بائن
لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت

قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه
وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا
لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد
ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية
لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ
وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم
لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو
يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون
اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب
في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد
والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع
على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في الاسلام
وعند الشافعي بالاب الادنى قال فاذا اوصى لاقاربه وله عمان
وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب كما في الارث
وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين
فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع
وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته

حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد ويحرز الواحد كلها اذ هو
الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة
وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي
اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب
رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه او لارحامه
في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية
لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته
عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف
وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل
حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم
تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لال فلان فهو
لاهل بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت
فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى
لاهل نسبه او جنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون
من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان
يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام
ولو اوصى لايتام بني فلان ولعميانهم او لزمناهم او لاراملهم
ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم
ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا
لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية
القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر
بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان
بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون



حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه
الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة
وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف
الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر
ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة اول قوليه وهو
قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول
الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز
والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث
يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد
الانتساب كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة
وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى
فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة
فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ
الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى
لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي
في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع اخر يوقف حتى يصطلحوا
له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا
ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار
مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف
ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل
لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه
في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق
هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية مضاف الى حالة الموت فلا بد



من يحدث له الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق
لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق
يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي
موالاة يدخل فيه معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف
انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول
الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالاة عقد الالتزام والاعتاق
لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره
حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه بالاعتاق وجد
منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز
فيصرف اليه عند اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي
فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل
فيه موال اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما
يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية
بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز ذلك ابدا لان المنافع
يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته
كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له
على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف
وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى
والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل
المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد
من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه

الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما
لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن
قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة ابقاء للحقين بخلاف الوصية
بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار
اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما
زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار
مهايأة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول
وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي
الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر
ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر
ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب
ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له
عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع
على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي
من غير رضاه وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت
الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة
عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك
لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة
دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع
وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه
من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها
بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار
وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره

ببدل وغير بدل لانهما كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحة
على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف
الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك
بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها
تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل
غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية
تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت
لا يملك الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة
ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها
تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما يثبت هذه الولاية لمن
تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا
لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودا بغير عوض ثم ملكها بعوض
كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج
العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج
الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ
على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان تمكنه
من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره
فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية
به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى
ولو لم يكن مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل
القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة
ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف

فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له
الا انا نقول المطالبة بالقسمة يبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه
القسمة اذ هو الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة
فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته
وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب
الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما
على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب
الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون
الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولهما نظير
وهو ما اذا اوصى لرجل بامة ولآخر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث
او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان
وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف
في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين
عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة
للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف
ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول
ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان
مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان
البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها
وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي يوجب
ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص

وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون
إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بخاتم للثاني بخدمته
الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له
بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا وجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له
فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء
فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى
لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال
له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش
وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل
والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة
زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم
مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود
مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة
ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة
اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر
الانصراف الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا
او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها
من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال
ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء
يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك
المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك
جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم

واخواه

واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذا لا يدخل
تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا
وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم باب وصية الذمي
واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات
فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده
يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح
عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان
الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك
فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين وان اوصى بداره كنيسة لقوم
غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله
ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون
فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة
معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه
ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به
ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول
ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة
لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم
يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد
وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية
لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة

عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه ولا يورث ثم الحاصل
ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ما يكون قربة في معتقدهم
ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح
خنازيره وتطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير معينين
كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا
ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا
للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهي باطلة بالاجماع
اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا
لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا
وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك
وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم
لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى
بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات
فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم
باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر
فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر
وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف
في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتدة الاصح
انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله
كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا
ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب
اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان

لكان

كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية
ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده
عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير
اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز
لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا
يصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد
مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب
اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة
الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز
اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة
ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين
الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه
فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير
وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف
الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع له حيث يصح رده في غير وجهه
لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال وان رده
في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزام التصرف ولا غرور
فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي
فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية
الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك
دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ بيعه لصدوره

من الموصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم
بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال
انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة
لا تتوقف على العلم كالوراثة واما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام
ولاية الميت فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا
طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات
الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه
حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله
ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول
وهو الاعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك
لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية رفع الضرر عنه وربما يعجز عن ذلك
فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال
الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه
ولو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان
الوصاية بابطال القاضي **قال** ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق
اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة
الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية
باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد
معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه
ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه
الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية
الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف
ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية

الباعثة

الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة
فيخرجهم القاضي عن الوصاية فيقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل
ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه
وتبديله بغيره **قال** ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح
الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء
بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية
اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل
قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف رح
وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات
الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة
من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته
وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد فيكون اهلا للوصاية
وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم
ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم
وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة
او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل
اولى **قال** ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية يضم اليه القاضي
غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر
اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي
ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا
تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به
رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه
ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت

ورضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته
فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي
الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد
الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا
لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه
ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين
لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في
معدودة نبينها وقال ابو يوسف ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع
الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي
لا يتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية
خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان
للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما
يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة
كل واحد ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض
وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى
وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك
القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها
على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا
حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا
على صاحبه بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة
لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه
في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير
فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم

لانهم

يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب
والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست
من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس
حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة
ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه
لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع
فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير
خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب
الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى
وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه
كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير
ليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض
ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف
فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل
ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد
على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل
الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف
الوكيلين لان الوكالة تتعاقب قال فان مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف
فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف
الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه
وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر

كان الميت ولو ان الميت اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر
الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب
وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة
انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى
الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى قال واذا مات الوصي
واوصى الى آخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال
الشافعي لا يكون وصيا لتركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة
الحيوة والجامع انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية
التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس
ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء
اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية
في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك
مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار
راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل
مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة
الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له
باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه
ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون
خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر
وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له
ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا
لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون

الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث
ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية
الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث
الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك
على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب
الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان
الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده يحج عن الميت من ثلث
ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف
ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث
وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي
قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي
محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا
هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ
لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها
قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها
والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات
الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب
ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب
وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له
على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه

بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام
مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل
المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء
حق الاستسعاء اما ههنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق
بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق
العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لانه اخذ
المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد
الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع
فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول
لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه
والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع
حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى
عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة
وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر
في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء
لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين اخر قال وان قسم الوصي
الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك
واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال
الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املأ
اذ الولاية نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم

على بعض

على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس
في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه
ففي اعتباره انسداد بابه والصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب
يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون
بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة
الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش
منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي
كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط
ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في اخره من غير تفصيل فيصير ذلك
حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب
من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية
تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار
لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك
الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه
لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ
اما العقار محفوظ بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير
الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي
العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم
يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال
الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب
حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء
تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب

نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على انه
انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب
لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه
يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا **فصل في الشهادة**
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة
لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له
وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه وبدون
شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب
القاضي قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى
الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة
ولو شهد يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما
باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال
وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال
الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد ان شهدا
لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف
في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت
لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة
بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت
اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين
على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران لهما بمثل ذلك جازت
شهادتهما ولو كانت شهادة كل فريق بوصية الف درهم لم تجز
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة

فيما ذكر

فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين
بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى
احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة
فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال
فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد
المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة
بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين
بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله
فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهدا الاولان ان الميت اوصى لهذين
الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى لهما بثلث ماله
فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان للمولود
فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان
يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث
فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول
من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر
بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة
اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة
عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك
العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد يكون

لا تتسع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء
فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته
او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجال او كان له
ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي
النساء او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه
من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى
هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين
وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف
الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال
كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوتهن فان قام
في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام
في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره
والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا
ان يصلي بقناع لاحتمال انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان
رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب
مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته
ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه
وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا
كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او يختنه امرأة
لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام
له من بيت المال جارية تختنه لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته
باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له

في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء
وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر بغير محرم من الرجال
توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي
في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى
يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة
افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين
امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة
لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين
جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا
رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف
قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره
وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد
لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال
انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا
وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل
وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى
فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل
ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال
انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى
لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال
انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب

لانه اذا كان انثى فقد اخذت ستة وان كان ذكرا فقد زاد واعطى له
ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما اثلاثا
عند ابي حنيفة سهمان للابن وسهم للخنثى وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين
غير ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو
قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما
للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة اسهم
للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى
يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا باربعة وهذا
بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان
ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا
فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال
بينهما نصفان وفي حال اثلاثا للابن اربعة وللخنثى سهمان فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له
سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر
للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات
المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد على
شك فاوجبنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار
هذا كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه
بالمتيقن كذا هذا الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى
نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة
زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امراة واخوين لام واختا
لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث
والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي

للخنثى

للخنثى وهو اقل النصيبين فيهما **مسائل شتى** **قال** واذا قرئ
على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب
فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار
فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي
كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا
ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس
دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا
هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية
الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف
الزوال دون الاصلي فلا يتقاسمان وفي الآبدة عرفناه بالنص
قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز
نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له
اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي
عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة
الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم
ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب
والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق
الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة الصريح من الكناية فلا بد فيه من النية
وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع
فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه
الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ
وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود

وانها حق الله تعالى وانها تندرئ بالشبهات ولعله كان يصدق
للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام
القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص
ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انهم لو شهدوا
بالوطئ الحرام او اقر بالوطئ الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل
المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد
وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت
مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود فلحق
الله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت
مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب
ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك
فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن
الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس
لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة
معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض مشايخنا
انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة
لانه جمع هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد
منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة
وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق
من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين
لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا
تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة
فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر

اوكانا

او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار
اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
تحل في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى
لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة
وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة
اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة
ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل
منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين
لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة
اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم
بالصواب

الحمد لله على الاتمام والصلوة والسلام على سيدنا محمد خير الانام
وقد وقع الفراغ من تحرير هذه النسخة الشريفة المباركة على يد
العبد الفقير الى الله الغني القدير محمود بن موسى صالح الشابونجي
مولدا ومحتدا في سنة خمس وثلثين ومائة والف
غفر الله له ولوالديه ولجميع المؤمنين والمؤمنات
اللهم تقبل وبارك وارحم بحرمة نبيك
محمد صلى الله تعالى عليه وسلم
وعلى آله وصحبه
اجمعين

بين ابو احد من الحكماء ... والمعلم ... قلت مسائل من كتب الفقه

من كتاب النكاح ان الجمع بين الاختين حرام بالنص قلت ان الدنيا اخت الاخرة

ولا يجمع بينهما ومن كتاب الطلاق ان مطلقة النبي صلى الله تعالى عليه وسلم لا يجوز

نكاحها بالنص قال الله تعالى ولا تنكحوا ازواجه من بعده ابدا قلت الدنيا مطلقة

النبي صلى الله تعالى عليه وسلم فلا يجوز ان تزوجها بعده صلى الله تعالى عليه وسلم

ومن كتاب البيوع ان الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا قلت الصاع

من العمر بصاع من الرزق والفضل حرام قيل هذا من ابرار علوم الاولين والاخرين

وفقنا الله تعالى واياكم اجمعين والحمد لله رب العالمين وصلى الله تعالى على سيدنا و

نبينا محمد وعلى اخوانه من النبيين والمرسلين وعلى اله واله اجمعين

قبيل العصر من يوم الجمعة الرابع من شعبان المعظم لسنة [illegible] وثمانين ومائة والف

تنبيه كان ابتداء التميز بالعلامة الخضراء في سنة ثلاث

والسبعين وسبعمائة لما قرأته في حوادثها من الانباء لابن حجر وفي ذلك يقول

[illegible]

وذلك ان السلطان الاشرف شعبان بن حسين [illegible]

[illegible]

فائدة

ومعنى بدلت هذا بذاك انك اخذت ذاك وتركت هذا وكذا استبدلت ومعنى بدلت هذا بذاك انك اخذت هذا واعطيت ذاك والحاصل ان في التبدل ما دخلته الباء متروك وما يعدى اليه الفعل بنفسه مأخوذ وفي التبديل بالعكس كذا ذكره العلامة التفتازاني في حاشية الكشاف في اول سورة البقرة بصدد تفسير قوله تعالى ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب

هو حسبي

السيد محمد طاهر

المنان

ثم اودعه الزمان الى يد رحمة كاتب

ابن المولى محمد افندي

من السيد المبارك الشريف

من احد عشرة خمس

وماءة والف

منه الهدى

منه التوفيق

عفو

ثم اودعه الزمان الى نوبة العبد الفقير الى الطاف ربه القدير

مفتي زاده احمد القاضي بمدينة سراي بوسنة باعتبار

قضاء السكوار نخة صفر سنة خمس واربعين وماتين والف

بطريق الهدية من محمد راشد الكاتب بمحكمة المدينة

المزبورة ولولا اضافة الملك الى العبد مجازا

لقلت مالكه احمد بن عثمان بن داود

بن ابراهيم بن حمزة

الكوناي

وسيكون فيها مالكه

من بعده فلان

انتقال ان بعد ١٢٤٥

اعلم ان الادلة السمعية على ما حقق في موضعه اربعة انواع قطعي الثبوت والدلالة كالنصوص المتواترة
وقطعي الثبوت ظني الدلالة كالايات المؤولة وظني الثبوت قطعي الدلالة كاخبار الاحاد التي مفهومها قطعي
وظني الثبوت والدلالة كاخبار الاحاد التي مفهومها ظني فبالاولى يثبت الفرضية وبالثانية
والثالثة يثبت الوجوب وبالرابعة يثبت السنة والاستحباب كذا في النهاية شرح الهداية

روي ان صاحب الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلثة عشر سنة وكان صائما في تلك المدة لا يفطر
اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى خادم بطعام كان يقول له خله وروح فاذا
راح كان يطعمه احد الطلبة او غيرهم فكان ببركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين
العلماء شرح الهداية المسمى بالغاية في شرح الديباجة

ظاهر الرواية خمسة المبسوط والجامع الصغير والجامع الكبير والزيادات والسير ويقال لها رواية الاصول وغيرها لا كجرجانيات
والكيسانيات والهارونيات والرقيات ويقال لها غير ظاهر الرواية لكونها غير مروية عن محمد برواية ظاهرة ثابتة
والمراد بغير رواية الاصول رواية غير المبسوط والزيادات والجامعين والسير كجرجانيات غاية البيان
والنوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات وانما سميت
المسماة بغير ظاهر الرواية
غاية البيان
شرح الهداية تلميذ الاكمل ومن شيخ الكمال قاري الهداية لانه قرأ الهداية على شيخه الاكمل ثمانية عشرة مرة
تنبيه بذلك ابو السعود
حاشية الدر المختار للطحاوي اوائل كتاب الوقف

ونحن اناس لا توسط بيننا لنا الصدر دون العالمين او القبر
ابو السعود

الحمد لله
كما في الصدر رواية الاصول رواية محمد ابن الحسن والرواية غير الاصول
الزيادات والمبسوط والجامع والسير رواية وغير رواية
والنوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات رواية الكيسانيات
في التتميم

على ربع العالم وفقه يسلب
شملى على الشرق والدمع كالسحاب
ومن عاد في حب الديار لا هلها
ولنا سر فيها بعشق مذاهب

قال الصغيري
رواية الجامع الصغير
غنائمه

ايها المعشوق جوابلي سين
بلكه حاجتي ديرنه وار
سعي ايله سن
كم افندي

قبرم جنانه ياشنه ازاري
كل انكا فرياد ايتمه منك

ومن دابه صاحب الهداية انه اذا ذكر
لفظ الاصل في موضع يذكر فيه اسم
الكتاب يريد به المبسوط للامام الشيخ
واذا ذكر لفظ المبسوط يريد به المبسوط
للسرخسي ومن دابه انه اذا اقتصر رواية بالنصب
يريد به ان المذكور قبل هذه اللفظ قول واحد ورواية
واحدة وليس فيه اختلاف الروايات ومن دابه انه اذا
فسر ذكر محمد لا يريد به مذهب محمد بل اراد ذلك بقول
محمد ومن دابه انه يستعمل لفظ الحكى في العقلى والمروى ومن دابه انه اذا
قال عن فلان يريد به الرواية عن ذلك الفلان واذا احكى عند فلان يريد به انه
مذهبه
غاية البيان

ظاهر المذهب وظاهر الرواية المراد بهما ما في المبسوط والزيادات والجامع
الصغير والجامع الكبير والسير الكبير والمراد بغير ظاهر المذهب والرواية ما
في الجرجانيات والكيسانيات والرقيات والهارونيات
والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي
والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية
الفصل العيني